

RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL

DOLO Y LENGUAJE:
Hacia una nueva gramática del dolo desde la Filosofía
del Lenguaje

Tesis Doctoral, Universidad Pablo de
Olavide. Directores: Doctores Alfonso
Galán Muñoz y Paulo César Busato

SEVILLA

2016

AGRADECIMIENTOS

Terminar una tesis doctoral involucra imprescindiblemente contraer un largo número de deudas intelectuales, afectivas y de amistad. En este momento, me gustaría de reconocer públicamente algunas deudas que he personalmente contraído a lo largo de este duro camino y que me generan, con mucho orgullo, una estrecha obligación moral de admiración y gratitud.

En primer lugar, tengo que agradecer mi amada esposa Patrícia. Fue Patrícia quien ha sufrido más de cerca los efectos colaterales de esta travesía y, a pesar de ello, siempre me ha incentivado y comprendido. Y es para ella que dedico este trabajo.

A mis maravillosos padres, João y Sonia, tengo deudas, agradecimientos y admiración eternos. Mis padres me han enseñado, desde niño, la importancia de la ética, del estudio, de la perseverancia y del coraje.

Del mismo modo, me gustaría de agradecer a mis hermanos Juliana, Rafael y Beatriz, personas extraordinarias y admirables, que son imprescindibles en mi vida.

A mis estimados amigos, que, en mayor o menor grado, me han ayudado a lo largo de este trabajo y que, también, son muy importantes en mi vida personal y profesional, Airton Chaves Junior, Alexandre Ramalho, Alexandre y Ana Gaio, Alexey Choi Caruncho, Fernando Cubas, Humberto Pucinelli, Jacson Zilio, Leandro Assunção, Lenna Daher, Márcio Berclaz, Mauro Rocha y Sérgio Gomide.

Me gustaría de agradecer también especialmente a los directores de la tesis y amigos Paulo César Busato y Alfonso Muñoz Galán. Paulo fue el gran responsable y incentivador para viabilizar la realización de mi master y doctorado en España y que me ha presentado la teoría de la acción significativa. Además, tuvo participación indeleble en este trabajo y en mi vida académica. Alfonso me ha enseñado como se realiza una investigación y un trabajo serio en Derecho penal y ha demostrado, también, una incesante y

incansable búsqueda de la mejora de mi tesis. Si hay algo de bien hecho en esta tesis, mucho se debe al trabajo de mis directores Paulo y Alfonso.

Al Ministerio Público do Estado do Paraná también tengo que darle las gracias profundamente. Además de viabilizar mis estudios, me ha dado una apasionante profesión, cuyo objetivo es justamente promover la justicia, lo que para mi es un privilegio.

A los Fiscales-Generales del Estado do Paraná, Olympio Sotto Mayor Netto, Gilberto Giacoia y Ivonei Sfoggia, a la Subfiscal-General, Samia Bonavides, y a los respectivos Consejos Superiores agradezco por el inestimable apoyo institucional. Al Corregidor-General del Ministerio Público del Paraná, Arion Pereira, y a los Corregidores Nacionales del Ministerio Público brasileño, Alessandro Tramujas y Claudio Portela, así como a mis compañeros de Corregidoria Nacional y del Paraná, agradezco a todos por la amistad y comprensión durante ese duro período de trabajos y estudios.

Agradezco a la Universidad Pablo de Olavide, en la persona de Muñoz Conde, por recibirme como su alumno y al Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, en la persona de Ulrich Sieber, por el imprescindible apoyo a la pesquisa, debiendo rendir especial agradecimiento a Johanna Rinceanu, Teresa Manso y Pablo Galain, que me han recibido con mucha atención y amistad en el Max-Planck.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	2
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN.....	9

CAPÍTULO I

DOLO: RAÍCES HISTÓRICAS Y DESARROLLO SISTEMÁTICO

1. LAS RAÍCES HISTÓRICAS DEL DOLO	17
1.1. EL DERECHO ROMANO.....	17
1.2. LOS GLOSADORES Y POSGLOSADORES.....	19
1.3. DESARROLLOS POSTERIORES	25
2. DOLO Y SU DESARROLLO SISTEMÁTICO.....	29
2.1. EL SISTEMA CLÁSICO Y EL DOLO.....	29
2.2. EL SISTEMA NEOCLÁSICO Y EL DOLO	32
2.3. EL SISTEMA FINALISTA Y EL DOLO.....	35
2.4. LOS SISTEMAS FUNCIONALISTAS Y EL DOLO.....	40

CAPÍTULO II

DOLO: EL FUNDAMENTO DEL TRATAMIENTO PENAL MÁS SEVERO

1. LA FUNDAMENTACIÓN TRADICIONAL	48
1.1. LA DECISIÓN POR LA POSIBLE LESIÓN A LOS BIENES JURÍDICOS	53
1.2. LA RESTAURACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA.....	60
2. HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN LINGÜÍSTICA.....	66
2.1. PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA VERSUS POSITIVA.....	67
a) <i>El protagonismo de la motivación empírica (prevención general negativa).....</i>	<i>69</i>
b) <i>El protagonismo de la motivación racional (prevención general positiva).....</i>	<i>73</i>
2.2. EL INJUSTO DOLOSO COMO SIGNIFICADO LINGÜÍSTICO MÁS GRAVE QUE EL IMPRUDENTE.....	84
a) <i>Sobre el carácter lingüístico-normativo de la acción</i>	<i>84</i>
b) <i>El compromiso lingüístico como fundamento del dolo</i>	<i>90</i>

CAPÍTULO III

DOLO: DESARROLLOS TEÓRICOS

1. EL DOLO PSICOLÓGICO	103
1.1. DOLO Y ESTADO MENTAL	104
a) <i>Dolo como voluntad</i>	106
b) <i>Dolo como consentimiento o aprobación</i>	108
c) <i>Dolo como indiferencia</i>	112
d) <i>Dolo como voluntad de evitación</i>	114
e) <i>Dolo como tomarse en serio el resultado</i>	117
1.2. DOLO Y PROYECCIÓN PSICOLÓGICA DEL CURSO CAUSAL	119
a) <i>Dolo como representación de la posibilidad</i>	120
b) <i>Dolo como representación de la probabilidad</i>	123
1.3. RESUMEN DE LA CRÍTICA TRADICIONAL A LAS TEORÍAS PSICOLÓGICAS	126
2. EL DOLO NORMATIVO	127
2.1. EL NORMATIVISMO VOLITIVO.....	128
a) <i>Dolo e indicadores externos</i>	129
b) <i>Dolo y plan</i>	133
c) <i>Dolo y tipología</i>	138
2.2. EL NORMATIVISMO COGNITIVO	141
a) <i>Dolo y cualidad del conocimiento</i>	141
b) <i>Dolo y peligro descubierto</i>	144
c) <i>Dolo y conocimiento de un riesgo concreto</i>	147
d) <i>Dolo y el conocimiento de la cualidad del peligro</i>	150
e) <i>Dolo y conocimiento como indiferencia</i>	154
2.3. BALANCE GENERAL DE LAS TEORÍAS NORMATIVAS.....	156

CAPÍTULO IV

CRÍTICA FILOSÓFICA A LAS TEORÍAS TRADICIONALES DEL DOLO

1. CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DEL DOLO PSICOLÓGICO.....	161
1.1. DOLO Y LA CONCEPCIÓN CARTESIANA DE LA MENTE	163
a) <i>La crítica a la comprensión de la intención como algo incorpóreo</i>	169
b) <i>El repudio a la doctrina del acceso privilegiado</i>	178
c) <i>El rechazo al argumento del lenguaje privado</i>	192

<i>d) Resumen de las conclusiones.....</i>	196
1.2. LA IMPOSIBILIDAD DE VALORACIÓN DEL DOLO COMO ESTADO MENTAL	200
2. CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DEL DOLO NORMATIVO.....	205
2.1. CRÍTICA A LAS BASES FILOSÓFICAS DEL NORMATIVISMO	206
<i>a) El problema del conductismo</i>	208
<i>b) El problema del objetivismo</i>	214
2.2. LAS DESVENTAJAS Y PELIGROS DE UN JUICIO DE IMPUTACIÓN	231

CAPÍTULO V

EL GIRO LINGÜÍSTICO: DOLO Y LENGUAJE

1. LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO Y EL GIRO LINGÜÍSTICO.....	238
1.1. LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO Y LAS TEORÍAS TRADICIONALES DEL DERECHO PENAL	239
1.2. EL “SEGUNDO” WITTGENSTEIN Y LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO.....	242
2. EL ELEMENTO COGNITIVO DESDE LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE	251
2.1. SOBRE EL CONOCIMIENTO	251
2.2. LOS DOS USOS DE LA PALABRA CONOCIMIENTO	258
<i>a) El conocimiento como conciencia de la acción</i>	258
<i>b) El conocimiento como dominio de una técnica</i>	266
<i>c) Conclusión sobre el contenido del elemento cognitivo.....</i>	279
3. EL ELEMENTO VOLITIVO DESDE LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE.	281
3.1. SOBRE LO QUE NO CONSTITUYE EL ELEMENTO VOLITIVO.....	285
3.2. SOBRE LA INTENCIÓN.....	289
3.3. LOS CRITERIOS DE LA INTENCIÓN (“LA PRUEBA DE LA INTENCIÓN”)	298
4. EL DOLO DESDE LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE	309
4.1. UNA PROPUESTA PARA LA COMPRENSIÓN DEL DOLO DIRECTO.....	312
4.2. LA PÉRDIDA DE SENTIDO DEL DOLO DIRECTO DE SEGUNDO GRADO	316
4.3. UNA PROPUESTA PARA LA COMPRENSIÓN DEL DOLO EVENTUAL	319
<i>a) El dolo eventual referido a la conciencia de la acción</i>	325
<i>b) El dolo eventual comprendido desde el dominio de una técnica</i>	338
CONCLUSIONES	353
BIBLIOGRAFIA.....	364

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
art.	artículo
AT	Allgemeiner Teil
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ins Strafsachen
CDJP	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal
Cf., cf.	Confrontar, confrontar
coord.	coordinador, coordinación
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
dir.	director
DP	Doctrina Penal
ed.	edición, editor
et alii	y otros
etc.	etcétera
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
Inst.	Instituto
Introd.	Introducción
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
JA	Juristische Arbeitsblätter

LK	Leipziger Kommentar
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
núm.	número
núms.	números
op. cit.	obra citada
p. ej.	por ejemplo
p.	página
pp.	páginas
RDP	Revista de Derecho Penal
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
reimp.	reimpresión
Rn.	Randnummer (Número de Margen)
RP	Revista Penal
s.	siguiente
ss.	siguientes
t.	tomo
ts.	tomos
trad.	traducción
Univ.	Universidad
Verl.	Verlag
Vid.	véase
vol.	volumen
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

El dolo, sin sombra de dudas, es uno de los temas más centrales de la teoría del delito. Es la noción que incardina, como ninguna otra, la nota particular de una responsabilización subjetiva y, además, constituye en la práctica uno de los temas en que los jueces, fiscales y abogados, en un proceso penal, deben dispensar mayor atención, dada su gran transcendencia en la evaluación sobre si alguien debe ser condenado o no y, en caso positivo, en qué medida debe serlo.

Por otro lado, el dolo involucra asuntos que invariablemente provocan inmensa curiosidad, vinculados a cómo funcionan nuestros pensamientos, nuestras intenciones y a cómo, a fin de cuentas, se manifiestan esas cosas misteriosas que denominamos de estados mentales.

A pesar de esos dos puntos de extrema relevancia – la importancia del dolo para el Derecho penal y la curiosidad que esos temas provocan en nosotros – se constata que, todavía, no se ha ofrecido una respuesta plenamente satisfactoria para la comprensión del tema.

Fueron justamente esos puntos de interés y la creencia de que es posible, de alguna forma, todavía desarrollar reflexiones más adecuadas para la teoría del dolo, los que inspiraron la realización de este trabajo.

En definitiva, el entusiasmo que nos llevó a escribir una tesis sobre el dolo ha venido de la constatación de que es posible ofrecer nuevas *“sugerencias sobre la manera de arreglar las cosas, de ajustar unas cosas con otras y de volver a ordenarlas según formas un poco más útiles”*¹.

Esa constatación está fundada básicamente en las propuestas e ideas presentadas por VIVES ANTÓN sobre el sistema penal y la teoría del delito, y

¹ Tomo empréstatas las palabras de Richard RORTY en: *El pragmatismo, una versión: antiautoritarismo en epistemología y ética*. Barcelona: Ariel, 2000, pp. 18-19.

ofrecidas por WITTGENSTEIN en el desarrollo de sus contribuciones filosóficas.

Esos son, pues, la fuente de inspiración y los guías fundamentales que iluminaran todo el proceso de desarrollo de la presente tesis.

Evidentemente, rediscutir un tema sobre el cuál, ya hace muchos siglos, gente extremadamente competente y preparada ha dedicado sus estudios no es algo pueril o sencillo. Ese es un alerta que se debe siempre que tener en mente. La tarea es dura y compleja.

Sin embargo, la pretensión de este trabajo es la de someter simplemente algunas ideas a un escrutinio crítico y público, intentando generar nuevos debates sobre el dolo.

Esa humilde pretensión, sin embargo, no quiere significar que no se realicen en este trabajo movimientos arriesgados y que no se avance por nuevos horizontes. No. Lo que quiere significar es que se tiene plena conciencia de la complejidad y dificultad de aportar algo de realmente nuevo y que efectivamente cambie la teoría del dolo.

De cualquier manera, el proceso de desarrollo de esta tesis consistirá básicamente en el enfrentamiento de dos problemas fundamentales, siendo que la solución del primero es prerequisite indispensable para el adecuado desarrollo del segundo.

Los dos problemas son los siguientes: (i) el problema acerca de la *ratio* que fundamenta que el Derecho dispense un tratamiento penal más severo para el injusto doloso que para el injusto imprudente; y (ii) el problema sobre cuáles elementos deben hacer parte de una concepción adecuada de dolo y cómo ellos deben ser comprendidos.

La cuestión sobre la *ratio* para el tratamiento penal más severo para los injustos dolosos involucra, en verdad, temas complejos y fundamentales al Derecho penal.

A fin de cuentas, para saber si el injusto doloso efectivamente merece un tratamiento penal más severo es imprescindible saber cuáles son los

criterios que iluminan la propia intervención estatal, en la sociedad, por medio del Derecho penal. En otras palabras, la resolución del problema acerca de la *ratio* del dolo involucra necesariamente discutir y comprender cuales son los fundamentos del sistema penal y de la pena.

Ello porque, solamente cuando se comprende con claridad esos temas, se podrá evaluar si dispensar un tratamiento penal más severo a los injustos dolosos es una buena estrategia político-criminal para que se pueda cumplir los objetivos del Derecho penal.

Ese tema, además, en el presente trabajo, tiene una complejidad adicional, una vez que se hace necesario replantear los razonamientos sobre la teoría de la pena, con el objetivo de comprenderlos ahora desde las lentes de la filosofía del lenguaje, que es precisamente el paradigma que fundará toda la base de la tesis.

Una vez superado este primer problema, cumplirá intentar resolver la cuestión sobre cuáles deben ser los elementos del dolo y cómo éstos deben ser comprendidos.

Para ello y con el objetivo de tener una visión panorámica sobre el estado del arte respecto del dolo, se pretende realizar una exposición, aunque no exhaustiva, de las principales teorías existentes sobre el tema, elegidas de acuerdo con criterios de relevancia y reconocimiento.

Además, al realizar el examen de todas esas teorías se buscará, también, aunque de modo inicial, problematizar sobre algunas de sus concepciones.

Una vez pasado el momento de exposición y crítica a los fundamentos de las teorías tradicionales, se empezará una narrativa sobre el giro lingüístico operado por la filosofía del lenguaje, especialmente la del segundo WITTGENSTEIN, explicitando sus propuestas y la fuerza de sus argumentos, de modo que prepare las bases para la construcción de la teoría del dolo.

A continuación, será finalmente enfrentado el problema de cómo se debe proyectar las bases estructurales de una teoría del dolo, desarrolladas desde las perspectivas de la filosofía del lenguaje.

Una vez estructurado el cuerpo argumentativo que da fuerza a la teoría del dolo que se presenta en este trabajo, se pasará a exponer cómo se propone que el dolo directo y eventual deban ser entendidos².

Evidentemente, la senda que se recorrerá en este tesis desafiará un difícil ejercicio de fractura de paradigmas, con lo que, como afirma RORTY, ineludiblemente será *“preciso que acontezca una experiencia de conversión kuhniana.”*³

Aunque ello no se consiga, no tengo dudas de que, con un espíritu libre e interesado, se puede, por lo menos, ver que algo no va bien en muchas de nuestras concepciones tradicionales sobre el dolo, con lo que parece bastante oportuno que se realice un esfuerzo para intentar buscar nuevos horizontes para nuestra teoría.

A fin de cuentas, el Derecho penal no puede vivir de fábulas, metáforas y ficciones, que muchas veces son expuestas de modo casi metafísico en nuestras teorías tradicionales. El Derecho penal se debe hacer mundano, debe tener en cuenta nuestras prácticas y hábitos, para que pueda servir de la mejor forma posible a nuestros propósitos de evitar legítimamente tanto la impunidad, cuanto la intervención arbitraria por parte del Estado.

Y, un paso fundamental en ese sentido, es que se comprenda el dolo de modo coherente, inteligible y reconocible para los ciudadanos que están bajo la fuerza del Derecho penal. Para ello, es necesario fundir los horizontes de la teoría del dolo con los de la filosofía pragmático-lingüística.

² En ese trabajo no se abordará la cuestión referida al dolo de peligro, una vez que demandaría un estudio específico y profundo sobre los delitos de peligro, lo que llevaría a un alejamiento de los objetivos centrales del trabajo, que es tratar de las cuestiones más centrales en la teoría del dolo.

³ RORTY, Richard. *El pragmatismo, una versión*, op. cit., p. 182.

Dicho esto, solo nos resta invitar a los lectores, con los profesores STUNTZ y HOFFMANN: *"Welcome to the strange world of criminal intent"*⁴.

⁴ *"Bienvenidos al extraño mundo de la intención criminal"*. STUNTZ, Willian J.; HOFFMANN, Joseph. *Defining crimes*. New York: Wolters Kluwer, 2011, p. 86.

CAPÍTULO I

DOLO: RAÍCES HISTÓRICAS Y DESARROLLO SISTEMÁTICO

Como ya hemos señalado, la presente tesis está constituida, básicamente, por dos ejes centrales, que consustancian las dos cuestiones fundamentales que deben ser respondidas en el trabajo: (i) cuáles son los fundamentos que justifican un tratamiento penal más riguroso para los injustos dolosos en relación a los imprudentes y (ii) cuáles deben ser los elementos y el contenido del dolo.

Sin embargo, para se llegar a esas dos discusiones, es fundamental que, preliminarmente, se realice una contextualización acerca del tema del dolo, demostrando sus raíces históricas, así como el desarrollo sistemático promovido por las distintas propuestas de organización de la teoría del delito.

Así, resulta importante y fructífero que se promueva una búsqueda por los orígenes y una exposición de los desarrollos emprendidos por la doctrina penal, para que sea posible delinear una genealogía clara y fidedigna sobre cómo llegamos al estado actual de la teoría del dolo.

La idea aquí es realizar una exposición selectiva del tema, orientada por criterios de relevancia y reconocimiento, tendente a contribuir para una mejor comprensión del dolo⁵.

⁵ Para un examen más completo y profundo acerca de las diversas teorías del dolo, recomendamos la lectura de las siguientes obras: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*. Berlin: de Gruyter Recht, 2007; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual: Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

El examen será, pues, iniciado con un abordaje acerca de la concepción propugnada por el Derecho romano, pasando, en seguida, por el período de los glosadores y posglosadores y, por fin, serán abordadas las discusiones inmediatamente anteriores al inicio de la elaboración sistemática del Derecho penal.

A continuación, se hará un examen del desarrollo sistemático del dolo en la teoría del delito, con una pequeña exposición, que abordará el tratamiento dado al dolo por los sistemas clásico, neoclásico, finalista y funcionalistas, con lo que se concluirá ese estudio preliminar, que tiene como objetivo solamente hacer una breve contextualización previa sobre la teoría del dolo, de modo a facilitar el desarrollo de las dos discusiones centrales de la tesis.

1. LAS RAÍCES HISTÓRICAS DEL DOLO

Al buscar las raíces de la imputación subjetiva dolosa de nuestro Derecho penal, no hay duda, que encontramos su origen en el Derecho romano⁶, que constituyó el marco inicial respecto del tema.

Los tres marcos históricos que caracterizan las raíces históricas del dolo - Derecho romano, glosadores y posglosadores y desarrollos posteriores - constituirán, pues, los pasos que serán seguidos en este nuestro guión histórico, que iluminará esa breve búsqueda por las raíces del dolo.

1.1. El Derecho Romano

El concepto de *dolus* (del griego δολος) tiene su nacimiento en el Derecho civil romano⁷, siendo que sólo en la fase republicana⁸, tal concepto fue trasladado al Derecho penal, con la consagración del instituto del *criminelle dolus*⁹.

⁶ Eso por qué, en el período prerromano, la responsabilidad subjetiva no merecía una atención especial del Derecho, pues el elemento central de la responsabilidad penal era la causalidad. Véase que se admitía, incluso, la responsabilidad penal derivada de actividades de animales, cf.: GELARDI, Michele. *Il dolo specifico*. Padova: CEDAM, 1996, p. 21.

⁷ REIN, Wilhelm. *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*. Leipzig: Köhler, 1844, p. 151.

⁸ De acuerdo con MOMMSEN: “La evolución del concepto de la responsabilidad general, distinguiendo en ella el daño producido intencionalmente y el derivado de desatención o descuido, fue debida sin duda alguna a la ciencia jurídica de los tiempos de la República.” MOMMSEN, Theodor. *Derecho Penal romano*. Santa Fe de Bogotá: Ed. Temis, 1999, p. 62. En el mismo sentido JESCHECK: “El concepto de dolo se remonta al Derecho romano tardío y fue una de sus grandes contribuciones.” JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Granada: Ed. Comares, 2002, p. 313.

⁹ En el período prerromano el análisis de la responsabilidad subjetiva era bastante descuidado y la causalidad era vista como el elemento central de la imputación. GELARDI, Michele. *Il dolo specifico*, op. cit., p. 21. Sobre la imputación subjetiva en período anterior,

El dolo penal, en esa fase, era caracterizado por tres perspectivas: (i) la mala intención del agente, (ii) la mala voluntad o (iii) la voluntad dirigida a lesionar, lo que acababa por consustanciar el denominado *dolus malus*¹⁰.

Además del dolo, que era expresado por medio de una ofensa intencional a la ley moral y del Estado, la imputación subjetiva romana también reconocía el concepto de culpa, consustanciado por una acción con descuido o negligencia culpable¹¹.

Así, la imputación subjetiva del Derecho penal romano se diferenciaba de acuerdo con una distinta evaluación ética respecto de la voluntad antijurídica del agente. Por ello, es posible afirmar que la voluntad tenía una importancia fundamental en el Derecho penal romano¹².

Otro aspecto que tenía especial relevancia para los romanos era la prueba del dolo¹³, una vez que, en la fase republicana, la mayoría de los delitos exigían el dolo para su caracterización¹⁴.

Por ese motivo, es que se desarrolló la idea de que la prueba del dolo debería ser realizada por medio del examen de las circunstancias de la acción, es decir, la prueba del dolo era realizada *ex re*¹⁵.

véase: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, op. cit., pp. 501-508; DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo. Svolgimento storico del concetto*. Milano: Giuffrè, 2007, vol. I, pp. 01-22; CERQUETTI, Giovanni. *Il dolo*. Torino: Giappichelli, 2010, pp. 363-395.

¹⁰ REIN, Wilhelm. *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, op. cit., p. 151.

¹¹ MOMMSEN, Theodor. *Derecho Penal romano*, op. cit., p. 61.

¹² De acuerdo con von LISZT: “en el Derecho Penal de los romanos el *dolus malus* designaba la intención de causar un daño injusto, comprendiendo, pues, la conciencia de la ilicitud. (...) El dolo es la intención inmoral, la malicia; la culpa, la negligencia”. LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Allemão*. Trad. Duarte Pereira, José Hygino. Rio de Janeiro: Briguiet, 1889, p. 253. Es interesante resaltar que, ya en aquél tiempo, el concepto de dolo – así como de la culpa –, no pertenecían a la legislación, sino que a la interpretación jurídica. Cf.: MOMMSEN, Theodor. *Derecho Penal romano*, op. cit., p. 62.

¹³ REIN, Wilhelm. *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, op. cit., p. 152.

¹⁴ Por ejemplo: *maiestas, adulterium, plagium, falsum, furtum, iniuria*. Cf.: REIN, Wilhelm. *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, op. cit., p. 152.

En conclusión, es posible decir que, para el Derecho penal romano, el dolo, desde el punto de vista del contenido, era expresado por la mala intención de agente (*dolus malus*), mientras que, en lo que toca a su prueba, ésta se realizaba por medio del análisis de las circunstancias del hecho (*dolus ex re*).

1.2. Los glosadores y posglosadores

Después de la caída del imperio romano, surgió en la Europa del siglo XII, un movimiento, en las ciencias jurídicas, de redescubrimiento del *Corpus Iuris Civilis*. Los glosadores y, en un segundo momento, los posglosadores italianos protagonizaron, así, un movimiento exegético del Derecho romano patrocinando, pues, su renacimiento¹⁶.

En el tema del dolo esto no fue diferente y sus contribuciones buscaron preservar la tradición romana, que instituía el dolo como uno de los requisitos ineludibles para la responsabilización penal¹⁷.

Los exegetas, sin embargo, desarrollaron un concepto ligeramente distinto del *dolus malus* romano, una vez que diferenciaban el dolo en dos

¹⁵ La prueba del elemento subjetivo en un delito de homicidio era: "*ex re constituendum hoc; nam si gladium strinxerit et eo percusserit, indubitae occidenti animo id eum admisisse*". REIN, Wilhelm. *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, op. cit., p. 156. Sobre el denominado *dolus ex re*, véase el interesante artículo de: VOLK, Klaus. *Dolus ex re. Strafgerechtigkeit*. (org.) HAFT, Fritjof. Heidelberg: Müller, Juristischer Verlag, 1993, pp. 611-624.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Vol. I. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 348. También respecto del tema del renacimiento del Derecho romano, cf.: FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 58 y ss. Véase que el trabajo de los glosadores consistía en la realización de glosas, notas, en la margen de los textos romanos. Cf.: CERQUETTI, Giovanni. *Il dolo*, op. cit., pp. 418 y ss.

¹⁷ No se exigía el dolo solamente en algunos casos excepcionales, como, por ejemplo, en situaciones de alta traición o de herejía, cf.: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, op. cit., p. 532.

modelos distintos: El dolo como querer jurídico-causal y el dolo como querer fáctico-causal¹⁸.

En el dolo como querer jurídico-causal, su configuración reclamaba un querer el resultado, con conciencia de la ilicitud de acción¹⁹.

Ya en el dolo como querer fáctico-causal, el mismo podría manifestarse por: (i) el querer causar el resultado antijurídico; (ii) el querer causar el resultado antijurídico con conciencia de la simple posibilidad de que se produzca el resultado (dolo como simple conocimiento del peligro); o (iii) el querer indirecto e inmediato del resultado proveniente de la conducta del agente (*dolus indirectus*)²⁰.

Además, los glosadores italianos desarrollaron, con base también en los fundamentos del Derecho penal romano, la idea del *presumptio doli*, que propugnaba que la prueba del dolo debería ser obtenida, no por medio del examen de estados psicológicos del autor, sino a través del análisis de los indicios, de los hechos circunstanciales y contra-indicios que rodeaban el delito, reutilizando, así, la idea de *dolus ex re*²¹.

¹⁸ ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*. Aalen: Scientia Verl., 1965, p. 39.

¹⁹ ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, op. cit., p. 39.

²⁰ ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, op. cit., pp. 39-40.

²¹ El *dolus ex re*, en ese período, era representado por la máxima latina: "*Dolus ex indiciis perspicuis et ad probationem indubitatis et luce clarioribus*". Cf.: ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, op. cit., p. 130. El modo más radical de presunción del dolo fue la denominada "*presunción general del dolo*", manifestada, por ejemplo, en la propuesta de Alberto da Grandino (sec. XVIII) que defendía: "*ex quo constat aliquem alium vulnerasse vel occidissee, vel alia homicidium commisse, semper contra eum praesumitur, quod dolo et malo animo hoc commiserit... unde ei incumbit onus probando, quod non dolo hoc facerit.*" GRANDINO, Alberto da. *De Malleficis*. En *De homicidiariis et eorum poena*, apud DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo. Svolgimento storico del concetto*, op. cit., p. 107.

Es importante subrayar, sin embargo, que, de acuerdo con DEMURO, el *dolus ex re* de los glosadores – al contrario del romano – importaba efectivamente en una presunción, “que resulta ‘ex ipso facto et rei evidential’”²².

Así, se afirmaba, por ejemplo, que las “*lesiones y asesinato sé presumen siempre cometidas con dolo, salvo prueba en contrario por parte del autor.*”²³.

A resultas de esas propuestas, que indudablemente dieron lugar a una especie de objetivación del dolo, se desarrollaran tres principales teorías: La teoría del *dolus generalis*, la doctrina Bartoli y la *voluntas indirecta*²⁴.

La teoría del *dolus generalis*, defendida especialmente por el canonista d’ANDREA, propugnaba que el dolo se caracterizaba por la simple conciencia del autor de que actúa ilícitamente, una vez que, al proceder de esa manera, el delincuente, a pesar de inferir el hecho delictivo, no se preocupaba en rechazarlo²⁵.

Así, de acuerdo con la doctrina del *dolus generalis*, no es necesario que la voluntad del agente se dirija a la realización de determinado evento, siendo suficiente que el actor simplemente haya actuado de modo ilícito²⁶.

De acuerdo con DEMURO, en la doctrina del *dolus generalis*:

“(…) no se requiere más la referencia a la voluntad de un determinado evento en particular, sino que es suficiente que el autor haya actuado, in re

²² DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo. Svolgimento storico del concetto*, op. cit., p. 107.

²³ DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo. Svolgimento storico del concetto*, op. cit., p. 107.

²⁴ ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, op. cit., pp. 53-104. De acuerdo y adoptando tal distinción también: DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo. Svolgimento storico del concetto*, op. cit., p. 110.

²⁵ ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, op. cit., p. 65. Con esa fórmula, es posible identificar que la teoría del *dolus generalis* tiene su origen en la doctrina del *versari in re illicita imputatur omnia, quae sequuntur ex delictis*, consagrada por el derecho canónico. Cf.: DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo. Svolgimento storico del concetto*, op. cit., p. 111. Así también: CERQUETTI, Giovanni. *Il dolo*, op. cit., p. 425.

²⁶ DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo. Svolgimento storico del concetto*, op. cit., pp. 110-111.

*illicita, con dolo, señalando a título de dolo el hecho dirigido a un evento no permitido (...)”*²⁷

Ya la denominada doctrina BARTOLI, defendida por SAXOFERRATO²⁸ y también por UBALDIS, propugnaba que hay dos clases de dolo: (i) el *dolus praesumptus*, que era probado *ex re* y (ii) el *dolus verus*, que debía ser comprobado plenamente²⁹.

De acuerdo con la doctrina BARTOLI, para la caracterización del *dolus praesumptus*, no era necesario que el agente fuese efectivamente consciente de las posibilidades posteriores del hecho que realiza, bastando meramente la existencia de indicios en ese sentido (*indicia dubitata*), ya que había una presunción procesal de que, en esos supuestos, la conducta era considerada dolosa, salvo prueba en contrario³⁰.

Por otro lado, el denominado *dolus verus* era aquél en que se exigía la prueba efectiva y plena de que el agente había actuado con voluntad. Era necesaria, pues, la presencia de indicios fuertes del dolo, no habiendo, pues, espacio para dudas (*indicia indubitata*)³¹.

Para sus defensores, sin embargo, los casos de *dolus praesumptus* deberían resultar en la imposición de una pena menor que para los de *dolus*

²⁷ DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo. Svolgimento storico del concetto*, op. cit., p. 111. Véase que, caso del delincuente actúe con la convicción de que su conducta no causará el evento delictivo, la imputación dolosa debería ser rechazada. Cf.: DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo. Svolgimento storico del concetto*, op. cit., p. 111.

²⁸ BARTOLUS fue considerado uno de los más grandes juristas de la edad media. Incluso había un adagio que afirmaba *nullus bonus iurista, nisi sit bartolista*, es decir, no se es un bueno jurista si no es un bartolista.

²⁹ ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, op. cit., p. 135.

³⁰ ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, op. cit., pp. 135 y 138.

³¹ ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, op. cit., pp. 135 y 138.

verus. Además, en los supuestos de *dolus praesumptus* no era posible la aplicación de la denominada *poena ordinaria*, especialmente la pena de muerte³².

Por fin, fue desarrollada, también por los exegetas del Derecho romano, la doctrina del *dolus indirectus*, propugnada especialmente por el jurista español COVARRUVIAS³³, que defendía que quien quiere la conducta causadora, quiere también todo los resultados que normalmente resultan inmediatamente de ese hecho. Así, por ejemplo, quien lesiona severamente una persona quiere también su muerte, cuando la víctima muere en virtud de esa herida³⁴.

Por consiguiente, de acuerdo con COVARRUVIAS:

*“(...) concurre un voluntarium homicidium no sólo cuando la voluntad del autor se dirige en exclusiva a la muerte, sino también cuando se dirige a una acción de la que inmediatamente se sigue la muerte”*³⁵.

De tal manera, es posible decir que, para COVARRUVIAS, hay dos posibilidades de configuración del dolo: (i) una voluntad directa (*dolus*

³² ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, op. cit., pp. 135-136. La *poena extraordinaria* era aquella en que el juez no estaba vinculado a las reglas de la *justicia publice*. Así, era posible aplicar una pena cuando la prueba no era conclusiva. Entre tanto, la *poena extraordinaria* era menor que la pena ordinaria y no podría consistir en pena de muerte. von BAR, Carl Ludwig. *A History of the Criminal Law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999, p. 239.

³³ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, op. cit., p. 540. Así también: LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1895, pp. 168 y 177.

³⁴ GRÜNHUT, Max. *Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*. Hamburg: Gente, 1922, p. 135.

³⁵ ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, op. cit., p. 108. La traducción es de: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 54.

directus) consustanciada por la malicia del fin perseguido; y (ii) una voluntad indirecta (*dolus indirectus*), que es la voluntad de la causa y no del efecto, es decir, aunque el resultado no sea objeto de la intención, era previsible para un hombre razonable, como efecto inextricable e inmediatamente conexo al efecto intencionado³⁶.

En Alemania, por influencia de COVARRUVIAS³⁷, el jurista CARPZOV adoptó la teoría del *dolus indirectus*, invocando, como principal argumento, la necesidad de superar las dificultades de la prueba del dolo³⁸.

CARPZOV sostenía que la voluntad de cometer un homicidio puede ser presentada en dos modalidades: La directa y la indirecta. En la directa el agente ataca con intención de matar alguien. Ya la voluntad indirecta es manifestada cuando el autor inflige intencionalmente una herida a otra persona, de manera que, de modo inmediato, se sigue su muerte³⁹.

Luego, teniendo en cuenta que, tanto en las hipótesis de voluntad directa (dolo directo), cuanto de voluntad indirecta (dolo indirecto), la muerte resulta inmediatamente de la acción, CARPZOV defendía que esas dos clases de dolo merecían una misma pena⁴⁰.

³⁶ RONCO, Mauro. *Le Radici Metagiuridiche del Dolo Eventuale*. En Studi in onore di Mario Romano, vol. 2. Napoli: Jovene, 2011, p. 1180.

³⁷ LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, op. cit., p. 168.

³⁸ LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, op. cit., p. 169.

³⁹ Cf.: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, pp. 24-26.

⁴⁰ Cf.: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., p. 26.

1.3. Desarrollos posteriores

En un momento posterior a de los glosadores y posglosadores, surgió BÖHMER, que fue un gran comentarista de la obra de CARPZOV⁴¹ y, también, un distinguido crítico de la teoría del dolo indirecto⁴².

BÖHMER propugnó un cambio en esa teoría, sosteniendo que el dolo indirecto debería ser caracterizado por el consentimiento eventual del agente con el hecho, en los casos de resultados no pretendidos. Así, para BÖHMER el resultado previsto por la conducta debía ser querido, pero, no siempre, puramente querido, sino que, a veces, bastaría con que lo fuese solo eventualmente⁴³.

Para BÖHMER - al contrario de lo que defendió CARPZOV - el *dolus indirectus* (posteriormente denominado dolo eventual) exigía para su

⁴¹ CERQUETTI, Giovanni. *Il dolo*, op. cit., p. 417.

⁴² Sobre el *dolus indirectus*, su rechazo por BÖHMER y su crítica a esa teoría, von LISTZ así argumentó antes de 1899: “El *dolus indirectus* tiene su origen en las necesidades de administración de la justicia, lo que la teoría de la voluntad no estaba en condiciones de resolver. Ya defendido por Carpsov y por Leyer, predominantemente después de la disertación acerca de homicidio ex intentione indirecta comisso de v. Nettelbladt-Glanzer (1756, 3ª ed., 1772), con impugnación de Böhmer, el dolo directo encontrase en la ciencia y legislación del siglo XVIII, vez como una regla legal sobre prueba (el Código bávaro de 1771, el derecho común prusiano, 27), vez como una modalidad especial de culpa (la culpa aquiescente de Soden, la culpa dolo determinata de Feuerbach) y conservase todavía en el derecho vigente de Rusia y Austria (ver Z., 8º, 348). El su ultimo producto en la legislación penal alemana es el resultado como una condición de pena más grave.” LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*, op. cit., pp. 276-277. Véase que en la traducción para el español, no hay esa cita (LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1929, vol. 3, pp. 408-416), que consta del original en alemán: LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin: Guttentag, 1891, p. 178.

⁴³ “Qui enim vult antecedens specificare, non potest nolle consequens, si est praevisum ac cognitum... voluit necem specificare, etsi eventualiter voluerit... in eventum inde sequutum consensisse et animo homicidio quidem indirecto, ast doloso necasse adversarium consentur.” BÖHMER apud LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, op. cit., p. 172. Véase que fue BÖHMER quien, por la primera vez, utiliza la expresión dolo eventual.

caracterización la comprobación de que el agente podría y debía haber previsto la posible ocurrencia del resultado acaecido⁴⁴.

En consecuencia, BÖHMER propugnaba la necesidad de una prueba efectiva de la previsión del resultado por parte el autor, lo que era considerado como prescindible en la propuesta de *dolus indirectus* de CARPZOV, que preconizaba una teoría objetiva del dolo⁴⁵.

Así, es posible decir que BÖHMER lanza las primeras semillas de lo que hoy en día conocemos por dolo eventual, empezando, también, un movimiento de superación de las teorías objetivadoras del dolo, consagradas por algunas propuestas de los glosadores y posglosadores, especialmente con la idea de *dolus indirectus*, una vez que BÖHMER exigía, para su caracterización, la efectiva comprobación de la voluntad subjetiva indirecta del autor en relación al resultado delictivo.

No obstante tal ataque a la objetivación del dolo, fue FEUERBACH quien, en fines del siglo XVIII, empezó a realizar un verdadero giro psicológico en la teoría del dolo⁴⁶. El referido autor, así como BÖHMER, también criticó firmemente la teoría del *dolus indirectus*, bajo el argumento de que esa teoría atribuía a la voluntad del agente cosas que éste, en la realidad, nunca había querido⁴⁷.

De tal manera, en la visión de FEUERBACH, conforme explica RONCO:

⁴⁴ CERQUETTI, Giovanni. *Il dolo, op. cit.*, p. 474.

⁴⁵ CERQUETTI, Giovanni. *Il dolo, op. cit.*, p. 474.

⁴⁶ Sobre las teorías de otros autores de la misma época de FEUERBACH, como CHRISTIANI, PÜTTMANN-BAETKE, KLEIN, STÜBELS Y GROLMANS, cf.: LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, op. cit.*, pp. 206-211.

⁴⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal, op. cit.*, p. 57. FEUERBACH defendía la posibilidad de una figura intermedia entre dolo e imprudencia, la denominada *culpa dolo determinata*. Sin embargo, para él, “un dolo indirecto (...) es impensable.” FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 5. ed. Giefesen: bey Tasché et Müller, 1812, p. 59.

*"(...) el derecho (...) alcanza el comportamiento humano en el mundo y la relación externa con los otros hombres. El actuar jurídicamente relevante debe ser, por lo tanto, considerado exclusivamente en un perfil empírico y material, sin ninguna contaminación con el perfil cognoscible de tipo metafísico."*⁴⁸

FEUERBACH justificaba su posición en la idea de que la libertad del hombre debe ser siempre considerada como condición para la punibilidad de las acciones exteriores⁴⁹.

Luego, para el referido autor, era condición para la imputación jurídica - además del juicio positivo de que la persona causó voluntariamente el hecho antijurídico - la demostración de que el agente fue psicológicamente capaz de prever la amenaza de pena de la ley⁵⁰.

Por lo tanto, FEUERBACH defendía que la punibilidad de una conducta - incluso en la modalidad imprudente - tiene, como presupuesto necesario, la existencia de un defecto en la voluntad⁵¹.

Además, al contrario de lo propugnado por la teoría del *dolus indirectus*, FEUERBACH defendía que el simple conocimiento de la ilegalidad de la acción no es suficiente para la caracterización del dolo, una vez que es

⁴⁸ RONCO, Mauro. *Le Radici Metagiuridiche del Dolo Eventuale*, op. cit., , p. 1187.

⁴⁹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Band I. Erfurt: Henning, 1799, p. XII.

⁵⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, op. cit., pp. 81-82. En ese sentido, también, cf.: RONCO, Mauro. *Le Radici Metagiuridiche del Dolo Eventuale*, op. cit., p. 1187.

⁵¹ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, op. cit., p. 567. Cf. también: FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Band II. Chemnitz: G. F. Tasche, 1800, pp. 47 y ss.

necesaria la existencia de un compromiso con la violación del derecho, consustanciado por el propósito derivado de la conciencia de la ilicitud⁵².

El modelo de FEUERBACH tenía, pues, un rasgo nítidamente psicológico y defendía una concepción intencional del dolo⁵³.

De tal manera, es posible afirmar que FEUERBACH sentó las bases para el desarrollo de las teorías psicológicas del dolo, que son las que, hasta hoy, más fuerza y influencia tuvieran en el Derecho penal moderno.

Además, la propuesta de FEUERBACH fue el último modelo relevante de dolo anterior a la organización sistemática del Derecho penal, que se inició con la teoría clásica del delito.

⁵² STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, op. cit., p. 567.

⁵³ CERQUETTI, Giovanni. *Il dolo*, op. cit., p. 480.

2. DOLO Y SU DESARROLLO SISTEMÁTICO

La construcción sistemática de la teoría del delito constituye, sin sombra de dudas, uno de los rasgos que más marcan la identidad del Derecho penal de origen continental⁵⁴.

Esa elaboración tiene por objetivo primordial el mantenimiento de una racionalidad y previsibilidad sistémica en la aplicación del Derecho penal, por medio de la unificación organizada del análisis jurídico, lo que facilita, incluso, su la elaboración y desarrollo⁵⁵.

Desde esa perspectiva, es posible decir que hay, en la historia reciente del Derecho penal, distintos sistemas para su comprensión, que pueden ser diferenciados de acuerdo con los respectivos fundamentos filosóficos y concepciones sistemáticas que los fundamentan⁵⁶.

De tal manera, en los apartados siguientes, se propone introducir, de modo bastante general, los fundamentos filosóficos y la ordenación de los principales sistemas dogmáticos, centrando la atención, principalmente, en el enfoque dado por los mismos con respecto al dolo.

2.1. *El sistema clásico y el dolo*

El sistema clásico del delito inauguró una nueva era en nuestra tradición penal, una vez que fue el primer intento de sistematización analítica

⁵⁴ Para ser más preciso, de origen principalmente alemana. Cf.: SCHÜNNEMANN, Bernd. *Introducción al Razonamiento Sistemático del Derecho Penal*. En *El Sistema Moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 31.

⁵⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos*. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2003, pp. 207-210.

⁵⁶ SCHÜNNEMANN, Bernd. *Introducción al Razonamiento Sistemático del Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 43.

del la teoría del delito⁵⁷, superando la asistemática doctrina de la *imputatio*, originaria de la filosofía de PUFENDORF, que dominaba con anterioridad el Derecho penal⁵⁸.

Ese sistema fue desarrollado, inicialmente y con mayor prominencia por von LISZT, bajo los auspicios del positivismo naturalista⁵⁹, que creía que solamente eran dignas del título de ciencia las propuestas fundadas en rigurosos métodos empíricos de la ciencia de la naturaleza. Por ello, la realidad ontológica – que era el objeto de estudio del Derecho penal – debería ser observada y evaluada por los penalistas⁶⁰.

Ante esas premisas, el modelo clásico de von LISZT fue sistemáticamente organizado dividiendo el examen del delito en dos partes: Una objetiva y otra subjetiva⁶¹.

⁵⁷ Como explica MUÑOZ CONDE: “A finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, la Ciencia del Derecho penal alemana alcanzó su apogeo en lo que respecta al desarrollo de la dogmática penal y, especialmente, de la teoría general del delito. El propio Liszt, pero sobre todo Karl Binding y Ernst Beling, establecieron los fundamentos de una teoría general del delito que aún hoy representa la exposición dominante de su estructura en los manuales alemanes.” MUÑOZ CONDE, Francisco. *La Herencia de Franz von Liszt*. México/DF: Ubijus: 2011, p. 13.

⁵⁸ Véase: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 216. Así, también, BARJA DE QUIROGA que afirma: “La época de la ilustración es (...) la época del derecho natural, en cuyo ámbito la teoría de la acción aparece merced a PUFENDORF (1632-1694). Esta teoría será posteriormente trasladada al derecho penal por Böhmer (1704-1772).” BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho Penal*. Cizur Menor: Civitas, Thompson Reuters, 2010, p. 272. Acerca de la imputación en PUFENDORF, véase: HRUSCHKA, Joachim. *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*. En *Imputación y Derecho Penal: Estudios sobre la Teoría de la Imputación*. Trad. Ramon Ragués i Vallès. Cizur Menor: Aranzadi, 2005, pp. 54-88.

⁵⁹ Para un breve panorama del positivismo en esa época, véase: VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2ª ed. Berlin; Heidelberg: Springer-Verlag, 2011, pp. 119-122.

⁶⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*, op. cit., pp. 81-85.

⁶¹ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*, op. cit., p. 302. Referida división fue influenciada por el concepto de antijuridicidad objetiva del derecho privado de Rudolf von

La parte objetiva, denominada de injusto, estaba compuesta por los elementos de la acción, tipicidad⁶² y antijuridicidad⁶³.

Esos elementos eran consustanciados por aspectos rigurosamente objetivos y externos a la conducta⁶⁴.

Ya la parte subjetiva del delito era formada solamente por el elemento de la culpabilidad⁶⁵, que representaba el lado interno de la acción u omisión, una vez que ella era vista como la vinculación psicológica entre el hecho y el resultado⁶⁶.

La culpabilidad tenía como presupuesto la imputabilidad – que correspondía a la capacidad de culpabilidad⁶⁷ – y como sus formas de manifestación el dolo o la culpa⁶⁸.

El dolo, a la vez, estaba compuesto básicamente de tres elementos: El conocimiento de las circunstancias del hecho, la voluntad de realizar lo resultado representado y la conciencia de la ilicitud, es decir, el conocimiento

IHERING. Cf.: Von IHERING, Rudolf. *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*. Giessen: Verlag von Emil Roth, 1867, pp. 4 y ss.

⁶² Véase que el elemento de la tipicidad solamente fue añadido al concepto de injusto después de la contribución de BELING, en 1906. Cf.: BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal/La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: El Foro, 2002, pp. 273-310.

⁶³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al Razonamiento Sistemático del Derecho Penal*, op. cit., p. 44.

⁶⁴ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*, op. cit., p. 301.

⁶⁵ Acerca de la evolución inicial del concepto de culpabilidad, afirma JESCHECK que: “Los comienzos de un concepto de culpabilidad singular se remontan a A. Merkel que, aunque en realidad se apoyó sobre la nueva teoría de la imputación, unificó por primera vez el dolo y la imprudencia bajo el concepto superior de la determinación volitiva contraria a deber.” JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 216.

⁶⁶ Como subraya JESCHECK: “(...) el concepto de culpabilidad de la estructura clásica del delito reunía a todos los procesos espirituales y morales que ocurrían en el interior del autor en la comisión del hecho.” JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 218.

⁶⁷ BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal/La doctrina del delito-tipo*, op. cit., 2002, pp. 64-66.

⁶⁸ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*, op. cit., pp. 249-250.

de que su acción era prohibida, siendo que ese último elemento (la conciencia de la ilicitud), caracterizaba la manutención de la idea de un *dolus malus*⁶⁹.

Así, el dolo, en el sistema clásico, era un dolo psicológico⁷⁰, dotado de valoración, una vez que se plasmaba en estados mentales del sujeto y exigía, también, un elemento axiológico (conciencia de la ilicitud), lo que acababa por mantener la concepción de *dolus malus* del Derecho romano.

2.2. El sistema neoclásico y el dolo

El redescubrimiento de la filosofía kantiana, llevado a cabo especialmente por parte de algunos filósofos alemanes de la escuela sudoccidental, como, por ejemplo, RICKERT, LASK y LARENZ⁷¹, influenció fuertemente la ascensión del denominado sistema neoclásico del delito (o neokantiano), que defendía como su fundamento filosófico el denominado dualismo metodológico⁷², en que se propugna que:

⁶⁹ De acuerdo con LISZT: “Pertenece (...) al dolo no solamente el conocimiento (*Kenntnis*) de todas las circunstancias del hecho concreto, sino también el saber (*Wissen*) que estas ‘circunstancias de hecho’ pertenecen a la ‘definición legal del acto’, es decir, que llena los caracteres esenciales del concepto de delito.” LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 415.

⁷⁰ Ese modelo de configuración de la culpabilidad, fue denominado de teoría psicológica de la culpabilidad, una vez que su contenido era dotado de elementos puramente psicológicos.

⁷¹ Cf.: BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 223-224.

⁷² Sobre el tema, vale transcribir lo que consigna VORMBAUM: “La nueva escuela se llamó de neokantiana, en parte, por que ella tomó como punto de partida la proposición enseñada por Kant (y primeramente postulada por David Hume [1711-1776], antes que él) de que no es posible sacar conclusiones con relación al ser de lo que es, y que ambas esferas, por lo tanto deben mantenerse separadas (‘dualismo metodológico’; el rechazo de la ‘falacia naturalista’). El principal exponente del neo-kantismo del suroeste alemán, Heinrich Rickert (1863-1936), ha definido la diferencia entre las dos ramas de la ciencia como el contraste entre el valor y la realidad, la validez y actualidad. En el centro de la filosofía neo-kantiana se encuentra la teoría del valor: ‘Los valores no son ni realidades físicas ni mentales. Como entidades, ellos tienen su consistencia en su validez, no en su realidad’.” VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, op. cit., p. 157.

*"(...) la actividad científica y el saber científico son distintos según el tipo de ciencia de que se trate. Los enunciados de las ciencias de la naturaleza son enunciados de carácter general, los enunciados de las ciencias del espíritu, en cambio, son de carácter particular. Mientras las ciencias de la naturaleza tratan de elaborar leyes generales referidas a clases ilimitadas de fenómenos (ciencias nomotéticas), las ciencias del espíritu tratan de elaborar enunciados referidos sólo a individuos o fenómenos determinados (ciencias ideográficas)."*⁷³

Así, con el sistema neoclásico, las ciencias culturales recobraron su prestigio e importancia, lo que importó en una reorientación del eje gravitacional de la teoría del delito. Se alejó un poco del ontológico y se aproximó más al axiológico⁷⁴.

Por consiguiente, el sistema penal también modificó su método de trabajo, pues, antes, en el sistema clásico, utilizaba el método de observar y describir, ahora, en el sistema neoclásico, pasó a emplear el método de comprender y valorar⁷⁵.

Con eso, la estructuración de la teoría del delito – que ostentaba, en el sistema clásico, una división tajante entre el objetivo y el subjetivo – pasó a mezclar en sus elementos datos ontológicos con valorativos⁷⁶.

Por ejemplo, la acción pasó a ser vista como expresión del comportamiento, abandonando la teoría puramente ontológica del sistema clásico; la tipicidad absorbió elementos valorativos; la antijuridicidad pasó a contar con un contenido material, y así sucesivamente⁷⁷.

⁷³ MORESO, José Juan. *Ciencia Jurídica y Dualismo Metodológico*. Anuario de Filosofía del Derecho, n. 07, 1990, p. 294.

⁷⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., pp. 219-220.

⁷⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La Herencia de Franz von Liszt*, op. cit., pp. 13-14.

⁷⁶ Cf.: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., pp. 220-221.

⁷⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al Razonamiento Sistemático del Derecho Penal*, op. cit., pp. 49-50.

En el sistema neoclásico, el estrato de la culpabilidad se desarrolló de acuerdo con las propuestas FRANK, formuladas en 1907, y dejó de expresar simplemente una relación psicológica entre el autor y el hecho, para significar la reprochabilidad del injusto⁷⁸.

Así, la imputabilidad dejó de funcionar como presupuesto de la culpabilidad, pasando a constituir, juntamente con el dolo y la imprudencia, uno de sus elementos esenciales⁷⁹. La culpabilidad, por otro lado, continuaba siendo caracterizada por una relación psicológica entre el autor y el hecho, aunque ahora también dotada de rasgos normativos⁸⁰.

Por ello, se incorporaron al estrato de la culpabilidad, bajo la noción de inexigibilidad, las denominadas causas supralegales de exculpación, y, bajo la noción de reprochabilidad, el error de prohibición, conceptos esos dotados de innegable contenido normativo⁸¹.

Específicamente sobre el dolo, del mismo modo que en el sistema clásico, éste continuó siendo estructurado por tres elementos: Uno volitivo ("*la voluntad del hecho*") y un elemento cognitivo, que, a su vez, era

⁷⁸ FRANK, Reinhard. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Buenos Aires/Montevideo: Editorial B. de F., 2002, pp. 39 y ss. Sobre la evolución del concepto de culpabilidad propuesto por FRANK véase: GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2ª ed. Buenos Aires/Montevideo: Editorial B. de F., 2002, pp. 84 y ss.

⁷⁹ FRANK, Reinhard. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, op. cit., p. 37.

⁸⁰ FRANK, Reinhard. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, op. cit., pp. 57 y ss. Con eso, el sistema neoclásico adoptó la denominada teoría normativo-psicológica de la culpabilidad. Cf.: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 222.

⁸¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al Razonamiento Sistemático del Derecho Penal*, op. cit., p. 51. Véase que GOLDSCHMIDT, que fue una de las grandes influencias en la configuración de la culpabilidad del sistema neoclásico, criticó las teorías anteriores que comprendían la culpabilidad como simples relación psicológica, una vez que, al no tenerse en cuenta criterios normativos, no era posible incluir en el sistema las causas de exculpación. GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*, op. cit., p. 95.

subdividido en otros dos: “el conocimiento de las distintas circunstancias del hecho” y “el conocimiento de la antijuridicidad del hecho”⁸².

En conclusión, se puede decir que, en el sistema neoclásico, el dolo mantuvo su posición como su elemento esencial de la culpabilidad y continuó, todavía, siendo comprendido como un *dolus malus*, ya que tenía como uno de sus elementos caracterizadores la conciencia de la ilicitud.

2.3. El sistema finalista y el dolo

Con un duro ataque a la base de los sistemas clásico y neoclásico, agrupados bajo la denominación de “sistemas causalistas”, el sistema finalista, cuyo gran precursor fue WELZEL⁸³, propugnaba una verdadera vuelta del Derecho penal al ontologismo⁸⁴.

Para WELZEL, el Derecho penal no podría cambiar, por medio de valoraciones, la realidad sobre la cual debería trabajar el penalista. Por ello,

⁸² MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: libro de estudio, Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 227. Véase que, en el sistema neokantiano, “la culpabilidad pasa a ser valorada como juicio de reprochabilidad y no más como simple vínculo psicológico entre el autor y el hecho por él realizado. Tal superación se dio por medio del análisis de los casos de imprudencia inconciente, donde resultaba imposible la afirmación de la culpabilidad psicológica. En su ámbito, aparecen por la primera vez elementos normativos representado por la adición de la exigibilidad de conducta diversa y por la conversión del dolo en *dolus malus* por la asociación de la voluntad a la conciencia de la ilicitud.” BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral, op. cit.*, p. 227.

⁸³ Pese al innegable protagonismo de WELZEL, es importante tenerse en cuenta que: “Antes mismo de la formulación más completa de Welzel, algunos autores cualificados como neokantistas, von Weber y Graf Zu Dohna, identificaron en algunos delitos acciones causales y finales, en el mismo sentido propuesto por Welzel.” BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral, op. cit.*, p. 230.

⁸⁴ O un “neo-ontologismo”. Cf.: BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral, op. cit.*, pp. 227 y ss.

defendía que el sistema penal tenía necesariamente que respetar la naturaleza de las cosas, las estructuras lógico-objetivas del mundo⁸⁵.

Así, WELZEL identificó que el núcleo central de la acción humana era la finalidad. Por consiguiente, conceptuó la acción como “*el ejercicio de la actividad finalista*”⁸⁶, elevando, por lo tanto, el concepto de acción – que tenía un carácter prejurídico –, a la categoría de principal elemento de la teoría del delito⁸⁷.

Esa concepción ontológica, ocasionó una serie de modificaciones en los demás elementos de la teoría del delito. El tipo penal, por ejemplo, ya no podía continuar quedando reducido a una simple descripción de un proceso objetivo del mundo exterior, sino que debía absorber la estructura final de la acción. Así, en el sistema finalista, el extracto del tipo penal, se dividió en tipo objetivo y tipo subjetivo⁸⁸.

Además, WELZEL, adoptando una propuesta de zu DOHNA – que criticaba el hecho de que el dolo (objeto de la valoración) fuera situado en el mismo estrato analítico de la culpabilidad (valoración del objeto)⁸⁹ – reubicó el dolo y la imprudencia para el estrato de la tipicidad, más específicamente para el tipo subjetivo⁹⁰.

De tal manera, el finalismo ofrecía una respuesta más satisfactoria para la cuestión de la tentativa, que fue uno de los mayores problemas a los que se enfrentaban las teorías causalistas, pues la finalidad de realización del

⁸⁵ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004, p. 31.

⁸⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956, p. 39.

⁸⁷ Cf.: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 226.

⁸⁸ SCHÜNNEMANN, Bernd. *Introducción al Razonamiento Sistemático del Derecho Penal, op. cit.*, p. 55.

⁸⁹ En las palabras de WELZEL: “(...) el dolo no es parte de la culpa (de la reprochabilidad), sino el objeto de la culpa. Esto había sido reconocido claramente por Graf zu Dohna dentro de la doctrina reinante (*Aufbau der Verbrechenslehre*, p. 32). Pero fue la teoría de la acción finalista la que puso la piedra final a este desarrollo.” WELZEL, Hans. *Teoría de la Acción Finalista, op. cit.*, pp. 32-33.

⁹⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, pp. 42-43.

tipo objetivo constituía el criterio para diferenciar delitos intentados de los consumados⁹¹.

Además, la teoría finalista sustituyó la idea de dolo como maldad por una concepción de dolo como finalidad sin valoración o, en las palabras de WELZEL, como “concreción finalista del injusto”⁹².

Justamente por eso, la maldad salía de escena para dejar sitio a otros estados mentales diversos, caracterizadores del dolo, ya no valorativos, sino ontológicos-descriptivos, que variaban de acuerdo con las más distintas matizaciones teóricas acerca del tema⁹³.

Entre tanto, el rasgo común a todos esos conceptos de corte finalista fue su carácter ontológico, que reclamaba una búsqueda por la “real disposición interna del autor en relación al resultado”⁹⁴.

Además, WELZEL propugnó un cambio de la denominada teoría del dolo, en que el conocimiento de la antijuricidad pertenece al dolo, para la teoría de la culpabilidad, en que el conocimiento de la antijuricidad pertenece al extracto de la culpabilidad⁹⁵.

⁹¹ De tal manera, pasó a ser posible diferenciar dos hechos ontológicamente idénticos, como por ejemplo, la lesión corporal y tentativa de homicidio, por medio de la acción finalista. Cf.: WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., pp. 45-46 y 68-70.

⁹² WELZEL, Hans. *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 67. Véase que el concepto de dolo ha sido uno de los puntos centrales de la teoría finalista de WELZEL. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*. En *Obras*, Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 418.

⁹³ Como, por ejemplo, entre otros, voluntad, consentimiento, indiferencia, “*estar de acuerdo* (BGHSt 14, 240), ‘*acoger en su voluntad*’ (RGSt 26, 243; 33, 45; 61, 159 [160]; 31, 211 [217]; 72, 36 [46]; Blei AT § 32 III), *asunción del riesgo* (RG 59, 3; 67, 425; 425; 76, 115 [116]; Baumann/Weber/Mitsch AT § 20 nm. 48.), *aprobación* (RGSt 72, 36 [43]; 76, 115)”, etc. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., p. 37.

⁹⁴ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., p. 37.

⁹⁵ Cf.: WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., pp. 173 y ss. Conforme ROXIN: “Hacia 1930 era dominante en la ciencia la denominada teoría del dolo, según la cual el dolo presupone conocer y querer las circunstancias del hecho y además la conciencia del injusto; ese ‘*dolus malus*’ era considerado como forma de culpabilidad (perteneciente a la parte interna del hecho).” ROXIN, Claus.

En ese sentido, WELZEL advierte:

“(...) el error decisivo de la teoría del dolo radica en el desconocimiento del hecho de que el dolo no es una parte constitutiva, sino el objeto de la culpa y que pertenece por eso a la acción y al tipo de lo injusto, mientras que el conocimiento de la antijuricidad es solamente una parte constitutiva de la reprochabilidad. El conocimiento de la antijuricidad no es lo que se reprocha al autor, sino el porqué se reprocha al autor el dolo antijurídico

Porqué el autor pudo conocer la antijuricidad y por consiguiente pudo omitir su decisión antijurídica de acción, es que se le hace el reproche. De ello resulta que el conocimiento de lo injusto no es ningún elemento constitutivo del dolo del hecho, sino solamente de la reprochabilidad.

El dolo antijurídico es reprochable al autor en la medida en que pudo actualizar el conocimiento de la antijuricidad y convertirlo en el contramotivo que determina el sentido. Ésta es la solución de la teoría de la culpabilidad.”⁹⁶

Así, con la ascensión y dominio de la teoría finalista, acabó consolidándose la idea de que el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta no debería ser ya uno de los elementos del dolo como proponían los causalistas⁹⁷, sino que, más bien, un elemento de la culpabilidad⁹⁸

Derecho penal. Parte general. Tomo I, op. cit., p. 210. En ese sentido MUÑOZ CONDE afirma lo siguiente sobre la denominada teoría de la culpabilidad: “Para ésta el conocimiento de la antijuridicidad no es un elemento del dolo, sino un elemento independiente dentro de la culpabilidad. El dolo, como conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo, se concibe como un dolo natural, que no incluye el conocimiento de la antijuridicidad.” MUÑOZ CONDE, Francisco. El error en Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, pp. 26-27.

⁹⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., pp. 174-175.

⁹⁷ Como sostiene BUSTOS RAMÍREZ “(...) tanto para el causalismo naturalista como para el valorativo, el dolo era un elemento de la culpabilidad. El finalismo, al redefinir radicalmente el concepto

En suma, con el finalismo se abandonó la idea del *dolus malus*⁹⁹, pasando el Derecho penal a adoptar una perspectiva ontológica-descriptiva del dolo: El denominado *dolus naturalis*¹⁰⁰.

Es importante subrayar, empero, que esa reubicación del dolo no estuvo exenta de controversia. Todo lo contrario. Generó una de las más conocidas discusiones del Derecho penal continental, protagonizadas por el joven WELZEL y por el conocido MEZGER. El punto central de la polémica se consustanció en la mejor ubicación del dolo en el concepto analítico de delito.

Esa discusión, provocada por MEZGER, generó una larga serie de debates y parece, como ha puesto de manifiesto MUÑOZ CONDE, que realmente no tuvo unos objetivos tan nobles como los de obtener simplemente progresos en la teoría del delito¹⁰¹.

de acción como acción dirigida, posibilitaría su coherente inclusión dentro de la tipicidad.” BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de Derecho Penal: Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. Vol. II. Madrid: Trotta, 1999, p. 61.

⁹⁸ Pese tal consolidación, algunos pocos autores finalistas, como GALLAS, JESCHECK y SCHMIDHÄUSER, todavía señalaban la culpabilidad como una actitud interna defectuosa del sujeto (concepción personalizada de la culpabilidad), lo que mantenía una estrecha conexión entre dolo y maldad. Cf. HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003, pp. 57-58.

⁹⁹ Como afirma BUSTOS RAMÍREZ: “En doctrina, como concepto antinómico al de ‘dolo natural’, se hace referencia al de ‘dolo malo’.” BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, op. cit., p. 62.

¹⁰⁰ Acerca del dolo finalista, VIVES ANTÓN consigna que, una vez: “identificado el dolo con la finalidad prejurídica de la acción, ha de concebirse necesariamente como dolo natural, y ni siquiera el legislador puede configurarlo como ‘dolus malus’, incluyendo en él la conciencia de la antijuridicidad; y, desde luego, siendo ese dolo natural momento esencial de la acción, ha de integrarse en el tipo de injusto, pues el análisis normativo no puede ‘descoyuntar’ la acción sin quedar, por eso mismo, privado de objeto.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª. Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 129-130.

¹⁰¹ “La polémica, como es sabido, dio mucho que hablar a los penalistas alemanes durante muchos años y todavía hoy permanece en numerosos Tratados y Manuales, alemanes y españoles, como la polémica penal del siglo XX. Ahorro, por tanto, al lector referencias específicas a la misma, que vienen en

2.4. Los sistemas funcionalistas y el dolo

El modelo finalista, anclado en una perspectiva ontológica, a su vez, fue objeto de profundas críticas de los partidarios de los sistemas funcionalistas¹⁰², que tenían como principal propuesta la idea de se construir una teoría del delito orientada por los vectores de la política criminal¹⁰³, más específicamente sobre las bases de las modernas teorías de los fines de la pena¹⁰⁴.

cualquiera de estos Manuales, Tratados u obras generales de Derecho penal de Alemania, España, Portugal y la mayoría de los países latinoamericanos. Sí quisiera, sin embargo, destacar que antes de estas 'Modernas orientaciones' de 1950, a MEZGER no le había preocupado ni poco ni mucho el finalismo, ni lo que WELZEL, al que prácticamente nunca había citado hasta entonces, había dicho al respecto. Si, ya a sus ¡67 años!, lo hizo para buscar un tema lo suficientemente abstracto e ideológicamente poco comprometido que pudiera servir para ocultar su reciente pasado nazi, o si lo hizo por estar realmente convencido de la necesidad de plantear el nuevo Derecho sobre estas bases y premisas ontológicas, es algo que no puedo probar, aunque sí tenga mi opinión al respecto, que creo que puede deducirse objetivamente comparando lo que había escrito antes con lo que escribe ahora, pero, en todo caso, no es el objeto principal de este trabajo y, por eso, lo dejo a la discreción del lector, para que él mismo saque sus propias conclusiones. Como tampoco me voy a ocupar ahora de si esta polémica después de todo sirvió para refinar la Dogmática jurídico-penal hasta unos niveles realmente altos o, por el contrario, no fue más que una especie de guerra civil 'por, entre y para penalistas académicos' sin ninguna incidencia en la praxis y en la realidad del Derecho penal. En todo caso, sí me gustaría destacar que algunos años después el propio MEZGER, un tanto cínicamente, es verdad, calificaba dicha polémica como 'Übungen am Phantom', es decir, como una especie de 'fantasmada' sin ningún interés práctico." MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 379-381.

¹⁰² El gran marco de esa crítica fue promovido por Claus ROXIN en su obra: *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*. Trad. y introd. de Francisco Muñoz Conde. 2ª Ed. 1ª Reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. Así, también, ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 203.

¹⁰³ ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal, op. cit.*, pp. 101-102.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 203.

De tal manera, con el funcionalismo se buscó superar la visión puramente ontológica del finalismo, propugnando un rescate de las perspectivas valorativas del neokantismo, intentando, sin embargo, no caer en las trampas de su dualismo metodológico¹⁰⁵.

El funcionalismo tiene distintas perspectivas y matices¹⁰⁶. Pese a ello, y dado que es imposible analizar en este momento todas las posturas e interpretaciones incardinables en esta línea doctrinal, creemos que, pese a la enorme variedad de matices existentes entre todas ellas, es posible representar estos sistemas en dos grandes corrientes teóricas, que son el funcionalismo teleológico y el funcionalismo sistémico¹⁰⁷.

El funcionalismo teleológico, cuyo fundador y exponente máximo es ROXIN, sostiene que la misión del Derecho penal es garantizar la protección a los bienes jurídicos¹⁰⁸.

Así, de acuerdo con esa propuesta, todos los elementos del concepto analítico del delito deben estar funcionalmente orientados al cumplimiento de esa misión¹⁰⁹.

El concepto de acción, por ejemplo, deja de tener el carácter puramente ontológico, pasando a ser un concepto personal, en el sentido de que la acción manifiesta la personalidad del autor¹¹⁰.

La tipicidad, también, es iluminada por criterios teleológicos, orientados por la función de protección a los bienes jurídicos¹¹¹.

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 203. Sobre el concepto de dualismo metodológico, cf.: capítulo I, 2., 2.2.

¹⁰⁶ Cf.: JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

¹⁰⁷ Cf.: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal, op. cit.* pp. 442 y ss. Véase que VIVES ANTÓN opta por llamar el funcionalismo sistémico de funcionalismo estratégico.

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley, 2007, pp. 42-43.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal, op. cit.*, p. 58.

¹¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, pp. 252-253.

¹¹¹ ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal, op. cit.*, p. 53.

El dolo sigue situado en el estrato de la tipicidad, aunque ROXIN ubique el distinto grado de castigo entre dolo e imprudencia también en la culpabilidad¹¹² o, más precisamente, en la responsabilidad, que es el estrato propuesto por ROXIN como substitutivo del tradicional nivel de la culpabilidad¹¹³.

De esta manera, ROXIN sigue manteniendo básicamente la posición sistemática del dolo adoptada por la escuela finalista. Entretanto, añade a su comprensión la búsqueda de los objetivos político-criminales, referidos a la función de protección a los bienes jurídicos, hecho que le lleva a considerar que el dolo se caracteriza por la existencia de una decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos protegidos¹¹⁴.

Además, mantiene que el dolo debe tener dos elementos, un cognitivo y otro volitivo, pero afirma que los referidos elementos deben ser comprendidos desde una perspectiva normativa. En pocas palabras, ROXIN defiende un “*normativismo volitivo*”¹¹⁵.

Por su parte, el funcionalismo sistémico, desarrollado por JAKOBS, defiende también que el Derecho penal debe estar vinculado a las funciones del sistema penal, aunque para el referido autor esa función consista en la reafirmación de la confianza social en la vigencia de la norma¹¹⁶.

¹¹² ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, pp. 426-427. Como afirma ROXIN: “El dolo es esencial para el tipo, porque sin él no se puede precisar en la forma que exige el Estado de Derecho la descripción legal del delito: pero es igualmente relevante para la culpabilidad, porque debe delimitar la forma más grave de la culpabilidad de la más leve (la imprudencia) y por eso debe configurarse su contenido de acuerdo con los principios valorativos de estas categorías.” ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal, op. cit.*, pp. 105-106.

¹¹³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, pp. 788 y ss.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*. Juristische Schulung (JuS), München, (1964), 53, p. 59.

¹¹⁵ ROXIN, Claus. *Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo*. En *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas Eds., 2000, p. 177.

¹¹⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 09.

Con eso, JAKOBS desarrolla la teoría del delito como un sistema de imputación, propugnando que la acción es la “*causación de un resultado individualmente evitable*”¹¹⁷.

En lo que toca al dolo, JAKOBS sostiene que éste, sistemáticamente, pertenece al tipo subjetivo. Además, como ROXIN, defiende que la concepción de dolo debe tener una estrecha relación con la función del Derecho penal, por lo que JAKOBS, atendiendo a la función eminentemente preventivo general positiva que éste debe cumplir a su modo de ver, comprende el dolo como una decisión en contra la vigencia de la norma¹¹⁸.

Como consecuencia de ese planteamiento, JAKOBS propone un concepto cognitivo de dolo, dejando de lado la exigencia de un elemento volitivo, una vez que lo importante, a su juicio, es garantizar la vigencia de la norma y no considerar manifestaciones subjetivas del autor, ante lo que el referido autor defiende que el dolo es consustanciado por el simple conocimiento de la acción y de sus resultados¹¹⁹.

En este escenario doctrinal, todo parece inseguro en lo referido al dolo, por lo que parece que lo primero que se debe hacer es analizar las razones mismas que fundan dicha categoría dogmática. Esto es, analizar el fundamento último de que se consideren las acciones dolosas como más graves que las imprudentes y reciban, precisamente por ello, un tratamiento penal más severo.

¹¹⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 168-175.

¹¹⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 311-312.

¹¹⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte general, op. cit.*, p. 316.

CAPÍTULO II

DOLO: EL FUNDAMENTO DEL TRATAMIENTO PENAL MÁS SEVERO

El principal problema que se enfrentará en esta parte del trabajo consiste en la discusión sobre la legitimidad o ilegitimidad de la decisión político-criminal de promover un tratamiento penal más severo para los casos dolosos que para los imprudentes.

Ese tratamiento diferenciado puede ser visto en las distintas formas de intervención del sistema penal como, por ejemplo, en la tipicidad, como regla general, solamente de las conductas dolosas, castigándose solo excepcionalmente las conductas imprudentes, es decir, cuando expresamente previstas en el tipo penal¹²⁰; en la imposición de penas más duras para los injustos dolosos; en la incriminación de la tentativa en los delitos dolosos de lesión y en la criminalización de la participación solamente en la modalidad dolosa¹²¹.

¹²⁰ En ese sentido, véase el artículo 12 del Código penal español: “Artículo 12. *Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.*” De tal manera, actualmente, el Código penal adopta un sistema de *numerus clausus*, conforme exponen ORTS BERENGUER y CONZÁLES CUSSAC: “El Código Penal español de 1995 ha introducido un importante cambio en la regulación de la imprudencia, pues según dispone el art. 12 CP, sólo se castiga la modalidad imprudente cuando expresamente lo señala la Ley. De modo que, cuando una determinada conducta no contiene una previsión específica que sanciona la imprudencia, ésta queda impune (conforme al principio de intervención mínima). Esto significa que los preceptos penales en su mayoría sólo castigan la modalidad dolosa, y únicamente como excepción se castiga penalmente la imprudencia (sistema de incriminación de *numerus clausus*).” ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLES CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal: parte general*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 312-313.

¹²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 266.

Ese debate es extremadamente relevante, puesto que, para que tengamos un sistema penal coherente, es imprescindible que esta diferenciación esté fundada en buenas razones, caso contrario el tratamiento distinto consustanciará una grave fuente de injusticia.

Una vez identificada claramente la *ratio* para el tratamiento distinto, será posible proyectar una adecuada arquitectura de la gramática profunda del dolo¹²², ya que así toda la teoría del dolo es construida de modo coherente con la referida razón.

En otras palabras, resulta imprescindible la existencia de una coherencia sistémica entre la *ratio* del tratamiento penal más severo para el injusto doloso y los elementos y criterios de adscripción de una conducta a tal grupo de injustos¹²³.

A fin de cuentas, en un trabajo sobre el dolo, como correctamente advirtió HASSEMER, es imperativo que se pregunte por qué nuestro Derecho penal castiga más gravemente las conductas dolosas que las imprudentes, pues *“quien no puede contestar esa pregunta, no podrá fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables.”*¹²⁴

De tal manera, el desafío es desarrollar, del modo más claro posible, una fundamentación capaz de presentar una respuesta adecuada a la pregunta acerca de la *ratio* para el tratamiento penal más severo para el injusto doloso.

¹²² Sobre la concepción wittgensteiniana de gramática profunda, VIVES ANTÓN explica que: *“Generalmente, me cuido de aclarar que se trata de la gramática ‘profunda’ o ‘filosófica’ (la que indaga las condiciones universales que rigen la producción de significados) y no a la gramática superficial – sea prescriptiva o descriptiva – que se refiere a las reglas de un lenguaje dado y determina sólo cómo hablamos nuestros lenguajes.”* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 47.

¹²³ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Trad. de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Themis, 1999, pp. 68-69.

¹²⁴ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., pp. 68-69.

Para ello, se analizará inicialmente cuáles son los fundamentos que las teorías tradicionales han ofrecido para justificar el distinto tratamiento penal entre el injusto imprudente y doloso.

1. LA FUNDAMENTACIÓN TRADICIONAL

Como se puede constatar a lo largo de este trabajo, los estados mentales han jugado desde siempre un papel central en la teoría del dolo.

El primer estado mental elevado a esa posición, sin dudas, fue la maldad. En verdad, el origen y la historia del dolo tienen una relación íntima con la idea de maldad¹²⁵.

En el Derecho penal romano, como ya hemos indicado, el reproche de la conducta dolosa estaba basado en la especial maldad del agente, revelada por su acción intencional. El dolo necesario para la represión penal era expresado por la mala intención y, por tal motivo, se denominaba *dolus malus*¹²⁶.

Esa influencia romana persistió por muchos años, de modo que, por un largo tiempo, el fundamento de la mayor punición del dolo se apoyaba básicamente en la idea de que quien actuaba así tenía internamente un pensamiento o sentimiento malo¹²⁷ y, por lo tanto, merecía un castigo más severo que quien cometiese un hecho sin esa maldad o, incluso, ni siquiera se impondría castigo.

¹²⁵ La idea de mala intención (*böse Wille*) ya era adoptada en la vieja imputación moral en Aristóteles y la ética estoica, así como en el derecho religioso, como en el cristianismo, siendo que tal idea ya era conocida desde el viejo testamento e incluso en el Corán. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, op. cit., pp. 410-411. Sobre la imputación subjetiva en Aristóteles, Hobbes, Feuerbach, Kant y Hegel, véase: KÖHLER, Michael. *La imputación subjetiva*, op. cit., pp. 72-76.

¹²⁶ Sobre el *dolus malus* en el período de Ulpiano, BARJA QUIROGA afirma: “Todo el Título III del Libro IV de Digesto está dedicado y lleva por rúbrica del *Dolus Malus*. ULPIANO, acepta la definición de Labeon y por ello lo define: ‘*dolum malum esse omnen calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*’, es decir, ‘dolo malo es toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro’. También nos explica ULPIANO que al término dolo se le añadió el de malo, pues, también existe un dolo bueno que se utiliza para los casos de astucia o de maquinar alguna cosa contra el enemigo o el ladrón.” BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 469.

¹²⁷ MAYER, Hellmuth. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Stuttgart; Köln: Kohlhammer, 1953, p. 251.

En consecuencia, una decisión acerca de la imputación subjetiva dependía de la siguiente evaluación: Si el autor había actuado con maldad, se valoraba la conducta como dolosa, si había actuado por necesidad, estupidez, se valoraba como meramente imprudente¹²⁸.

De tal manera, es posible decir que la maldad, desde el Derecho penal romano hasta el desarrollo del Derecho penal como ciencia jurídica organizada, fue el principal fundamento para justificar el tratamiento penal más severo para las conductas dolosas.

No obstante esa conclusión inicial, se verifica que, en un momento posterior, las teorías del dolo acabaron por no presentar una respuesta homogénea para la cuestión acerca de la *ratio* para el tratamiento penal más severo para el dolo. Es más, en gran parte de esas propuestas teóricas posteriores no se promovieran siquiera un debate específico respecto a ese tema¹²⁹.

Tal heterogeneidad dificulta un análisis global de la cuestión. Sin embargo, en un esfuerzo interpretativo, anclado en la lógica de tales construcciones y sus razonamientos, es posible llegar a algunas conclusiones sobre la primeras justificaciones presentadas para la incriminación más severa para el dolo.

Las teorías ancladas en el *dolus malus* tenían un rasgo nítidamente retribucionista¹³⁰. De tal manera, lo que, aparentemente, justificaba el

¹²⁸ Esa es la posición de STURM, citado por ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen: Scientia, 1964, p. 51. Sobre el tema, véase también: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., pp. 36-38.

¹²⁹ Como una de las excepciones se puede citar: ENGISCH, Karl. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. 2ª ed. Berlin: Gruyter, 1965, p. 60.

¹³⁰ Aparentemente ALBRECHT llega a la misma conclusión: “El Derecho Penal clásico, fundado en si mismo, no tenía todavía ninguna necesidad de información criminológica, pues no tenía todavía la posición de un instrumento de control social. La pena busca a la retribución de un hecho punible cometido en el pasado. El mal de la pena compensa el mal del hecho, para el bien de la autoridad de la ley lesionada. La teoría clásica del Derecho Penal era una disciplina dogmático-normativa sin cualquier

tratamiento punitivo más severo para el injusto doloso era la idea de que un mal mayor (dolo) se pagaba con otro mal en grado de severidad proporcional (pena mayor) o, como afirmaba GROCIO, “*poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*”¹³¹.

Ya en lo que toca a las teorías partidarias del *dolus naturalis*, - cuya configuración, dada por el finalismo, como ya vimos, llevó a la retirada del contenido de maldad del dolo - las respuestas presentadas fueron todavía más difusas, no siendo posible identificar un único criterio político-criminal que justifique la pena más grave para los injustos dolosos.

Como afirma RAGUÉS I VALLÈS:

“(…) existen teorías diversas que tratan de justificar la diferencia entre el dolo y la imprudencia partiendo de criterios como la mayor o menor maldad, egoísmo o evitabilidad”¹³².

Sin embargo, en las propuestas que presentaban alguna justificación, es posible decir que el punto común entre ellas fue la vinculación del fundamento del tratamiento penal más severo para el dolo al específico

exigencia empírica.” ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: Uma Fundamentação para o Direito Penal*. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 06. En ese aspecto, además, vale recordar que las teorías retributivas dominaran la ciencia jurídico-penal alemana hasta bien entrados los años sesenta del siglo pasado. Cf.: SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva*. En Silva Sánchez, Jesús María (org.): *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 89. ULZURRUN LLUCH sostiene que MEZGER también adoptaba esa fundamentación retributivista para el dolo. Cf.: ULZURRUN LLUCH, Marina Sanz-Diéz de. *Dolo e imprudencia: en el Código Penal español: análisis legal y jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 42-43.

¹³¹ GROCIO, Hugo. *De iure belli ac pacis*. Liber II, caput XX, *apud* JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte general*, fundamentos y teoría de la imputación. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 09.

¹³² RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 165.

estado mental utilizado como criterio para su caracterización, es decir, la valoración negativa del estado mental consustanciaba la valoración negativa del dolo.

Además, todavía en lo que toca a las teorías ancladas en el *dolus naturalis*, se verifica que, en algunas veces, ellas presentaban una justificación circular, ya que, conforme afirma LAURENZO COPELLO:

*“(...) a la pregunta de por qué las conductas dolosas son merecedoras de mayor sanción, generalmente se responde: porque son las más graves. De esta manera, el fundamento de la desvaloración se convierte en el criterio rector para establecer el contenido y alcance del dolo. La corriente finalista, sin embargo, se aparta sustancialmente de esta perspectiva metodológica. Su respuesta al interrogante arriba planteado invierte los términos de la fórmula: las conductas dolosas son las más graves, dirá el finalismo, porque son dolosas.”*¹³³

Esa falta de una fundamentación sistemática y coherente resulta justamente del hecho de que, como asevera HASSEMER, solamente de forma reciente “la ratio de la penalidad del dolo ha llamado fuertemente la atención”, en las discusiones doctrinales¹³⁴, dando ese específico debate lugar a un abordaje relativamente nuevo para el Derecho penal¹³⁵.

¹³³ LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 104.

¹³⁴ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 69. Incluso, todavía hoy, el tema de la ratio para una pena más severa para los delitos dolosos no tiene obtenido la importancia que merece, conforme advierte SCHÜNNEMANN: “Sorprendentemente, esta cuestión realmente central siempre es tratada por la doctrina muy brevemente, e incluso las largas monografías se ocupan de ella en muy pocas páginas; cfr., por ejemplo, FRISCH, *Vorsatz und Risiko* (supra, nota 7), pp. 102 ss.” SCHÜNNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., p. 427.

¹³⁵ A título de ejemplo de esa ausencia de una fundamentación expresa cuando del trato acerca del tema del dolo, se puede indicar el Tratado de Derecho Penal de JESCHECK. Él

Esa nueva discusión fue promovida justamente con el objetivo de superar los problemas de una visión puramente naturalista, sea ontológico-valorativa (*dolus malus*), sea ontológico-descriptiva (*dolus naturalis*), es decir, buscaba superar una visión del dolo desvinculada de cualquier criterio político-criminal.

Por esa razón, las propuestas funcionalistas propugnaron un cambio normativo en la fundamentación acerca del tratamiento penal más severo para el dolo. Ese giro funcionó como un verdadero divisor de aguas entre las teorías del dolo, de modo que, de acuerdo con ULZURRUN LLUCH, por un lado:

*“(...) la vía ontológica, propia de la concepción finalista, razona a partir de ‘la naturaleza de las cosas’, configurando el dolo como un concepto de carácter prejuridico, derivado de la estructura final de la acción. Por otro lado, la vía seguida por las concepciones que han recibido la denominación común de normativas que, desde diversos planteamientos y partiendo de premisas muy diferentes, conciben el dolo como un concepto esencialmente valorativo que debe ser definido desde los principios y fines del Derecho penal.”*¹³⁶

Estas posturas normativas – en lo que toca a la fundamentación para una imposición de pena más severa para el dolo – pueden ser básicamente divididas en dos tesis principales, que reflejan precisamente las distintas

sostiene que el Derecho Penal debe tener una función preventiva y de protección a los bienes jurídicos (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, pp. 04-08). Entre tanto, al tratar del tema del dolo, simplemente afirmó, sobre esa cuestión, que: “La regla general es que el Derecho penal exige el dolo para el tipo subjetivo mientras que el castigo de la actuación imprudente se erige en la excepción. Esto se deriva de la disposición general relativa a la redacción de los preceptos penales, según la cual, el comportamiento doloso es punible y el imprudente impune cuando este último no está conminado expresamente con una pena (§ 15).” JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 312.

¹³⁶ ULZURRUN LLUCH, Marina Sanz-Diéz de. *Dolo e imprudencia, op. cit.*, pp. 249-250.

visiones sistemáticas sobre la teoría del delito, propugnadas por el funcionalismo teleológico y por el funcionalismo sistémico.

De un lado, las teorías que fundamentan el tratamiento penal más severo para el dolo a partir de la idea de protección de los bienes jurídicos, que son tributarias del funcionalismo teleológico. De otro, las que justifican esa respuesta penal más intensa en la necesidad de la restauración de la vigencia de la norma, oriundas del funcionalismo sistémico¹³⁷.

Así pues, teniendo en cuenta que solamente con las teorías normativas efectivamente apareció una preocupación por dar una fundamentación más desarrollada, explícita y sistemática sobre la *ratio* del tratamiento penal diferenciado entre dolo e imprudencia, dedicaremos, a continuación, un examen más detallado al estudio de los distintos fundamentos que dichas concepciones vienen proponiendo, centrando, sin embargo, la atención solamente en las propuestas realizadas por ROXIN y por JAKOBS, una vez que representan las más reconocidas y, de alguna forma, antagónicas contribuciones acerca del tema.

1.1. La decisión por la posible lesión a los bienes jurídicos

Al desarrollar la fundamentación para el distinto tratamiento entre los injustos dolosos e imprudentes, ROXIN argumenta básicamente que el autor doloso es aquel que se posiciona contra el Derecho. Por su parte, el autor imprudente es el que no tiene consideración por el Derecho.

Hay, por tanto, para ROXIN una distinción no solamente cuantitativa entre dolo eventual e imprudencia consciente, sino que también una

¹³⁷ SCHÜNEMANN denomina estos dos grupos como “limitada objetivación posmoderna” (el primer) y “total objetivación posmoderna” (el segundo). SCHÜNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., p. 420.

distinción cualitativa, una vez que, entre el acto doloso y el imprudente, hay una distinta postura del autor ante el Derecho¹³⁸.

De tal manera, la diferencia de merecimiento de pena que existe entre las conductas dolosas y las imprudentes reposará justamente en la distinta relación del autor con el bien jurídico protegido¹³⁹, cuya protección es, al fin y al cabo, la función del Derecho penal¹⁴⁰.

Argumenta, todavía, ROXIN que la distinción entre dolo e imprudencia no revela sólo una diferencia de injusto, sino también una diferencia de culpabilidad, que es precisamente lo que autoriza una distinta imposición de carga represiva para una y otra¹⁴¹. Eso porque quien decide actuar en contra el bien jurídico, aunque solamente de modo eventual, revela una actitud más hostil al Derecho que aquel que confía, aunque de modo negligente, que el resultado no va suceder¹⁴².

¹³⁸ ROXIN, Claus. *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 61.

¹³⁹ Comparten la tesis de ROXIN, entre otros: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*. Madrid: Ed. Universitas, 1996, p. 428; PÉREZ MANZ, Mercedes. *Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo*. Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat / Carlos García Valdés... [et al.], (coordinadores) Madrid: Edisofer, 2008, p. 1457; STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General*, El hecho punible, vol. I. traducción de Manuel Cancio Meliá, Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson-Civitas, 2005, p. 148. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 71. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 266; FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1983, p. 498 y ss. PUPPE, Ingeborg. *Vorsatz und Zurechnung*. Heidelberg: Decker & Müller, 1992, pp. 39-40.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*, op. cit., p. 427.

¹⁴¹ Véase que ROXIN no defiende la necesidad de una ubicación tajante de los elementos del delito en cada una de sus categorías sistemáticas. Cf.: ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*, op. cit., p. 227.

¹⁴² ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*, op. cit., p. 427.

Es por esas razones que ROXIN, desarrollando una idea inicial de ENGISCH¹⁴³, estableció, en la existencia de una decisión a favor de la posible lesión de los bienes jurídicos protegidos, el fundamento principal para el reconocimiento del mayor nivel de culpabilidad en los delitos dolosos¹⁴⁴.

Sobre esa propuesta se debe señalar, en primer lugar, que constituye innegablemente un importante avance en relación a las teorías que no hacían ninguna vinculación entre el fundamento del dolo y los objetivos político-criminales del Derecho penal.

De hecho, es correcto afirmar que el distinto tratamiento penal debe estar anclado en objetivos político-criminales, es decir, debe tener como finalidad evitar la práctica de nuevas violaciones a los bienes jurídicos.

Sin embargo, el modo como ROXIN propone dar atención a la política-criminal, en el sentido de añadir a los conceptos dogmáticos propuestas que buscan manifestar las finalidades del Derecho penal¹⁴⁵, parece altamente problemático.

La premisa de que el Derecho penal debe tener como horizonte la prevención a las futuras violaciones a los bienes jurídicos no lleva a la conclusión de que tenemos que impregnar las construcciones dogmáticas de la teoría del delito con orientaciones político-criminales.

Ese, nos parece, es el principal equívoco del sistema desarrollado por ROXIN y que está entrañado en toda su teoría del delito.

¹⁴³ De acuerdo con HASSEMER: *"Después de que ENGISCH, ya en 1930, subrayara 'la actitud (del agente) hacia el mundo de los bienes jurídico' como criterio de distinto nivel de reprochabilidad de la lesión dolosa o culposa, esta idea ha sido más tarde enriquecida y perfeccionada."* HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 69. Von LISZT tenía ya una propuesta similar, en el tema de la vinculación al bien jurídico, cuando afirmó que: *"(...) el dolo podría y debería ser definido como la conciencia del autor de que su acto ataca, lesionando o poniendo en peligro, los intereses jurídicamente protegidos, ya sean de un individuo o ya sean de la colectividad."* LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 414.

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 59.

¹⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*, op. cit., pp. 223 y ss.

Ello porque, al proceder de tal manera, ROXIN acaba por mezclar, en un mismo plano, perspectivas vinculadas a la filosofía (teoría del conocimiento) con propuestas sociológicas (teoría de la pena), lo que acaba por resultar en propuestas distorsionadas. En otras palabras, el modo de comprender como el hombre conoce y se manifiesta en el mundo no parte de los mismos parámetros utilizados en el modo de desarrollar las estrategias que un Estado puede utilizar para coordinar las acciones de sus ciudadanos.

En ese sentido es la crítica que VIVES ANTÓN presenta en contra la concepción de tipo penal de ROXIN, cuyos argumentos son perfectamente validos para criticar también su concepción global sobre la teoría del delito:

“Conocer, valorar y motivar (que son operaciones diferentes), se entrelazan en el seno de una categoría homogénea que las mide por el mismo rasero, con lo que el instrumento cognitivo del derecho penal mira las acciones a través de una lente empañada. Y la incongruencia gramatical deviene, así, insuficiencia epistemológica.”¹⁴⁶

Ese, también, es un problema central en la propuesta de ROXIN sobre el dolo. Él recoge los fines del Derecho penal, que son la protección a futuras violaciones a los bienes jurídicos, pero intenta insertarlos en la fundamentación para el tratamiento penal más severo para el dolo. En pocas palabras, ROXIN recorre un objetivo social válido, pero intenta colocarlo como criterio de comprensión de las acciones humanas.

Una cosa es el objetivo del Derecho penal (prevenir futuras violaciones a los bienes jurídicos). Otra cosa distinta es la razón por la cual el injusto doloso merece un tratamiento penal más severo. Y otra cosa bastante distinta es como se identifica el injusto doloso.

ROXIN pone todas esas tres perspectivas distintas en una misma categoría, todas vinculadas a la idea de violación a los bienes jurídicos. Es

¹⁴⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 457.

decir, parafraseando VIVES ANTÓN, ROXIN mira los objetivos del Derecho penal, la fundamentación del dolo y la forma de conocimiento del dolo a través de una misma lente empañada¹⁴⁷.

Pero los problemas de la teoría de ROXIN sobre la *ratio* del tratamiento penal severo no se quedan ahí. Hay otros dos problemas fundamentales.

El primero se asienta en la falta de claridad sobre lo que efectivamente sería la aludida decisión en contra el bien jurídico, una vez que ROXIN deja de establecer criterios sólidos que permitan diferenciar cuando se está o no ante a una acción que expresa una decisión en contra el bien jurídico¹⁴⁸.

¹⁴⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 457.

¹⁴⁸ Vale la pena citar un ejemplo expuesto por ROXIN y su fundamentación, para constatar que él presenta una explicación *ad hoc* y no generalizable para justificar la afirmación de la existencia de una decisión dolosa: “Cuando p. ej. alguien, a pesar de la advertencia de su acompañante, adelanta de manera arriesgada y provoca así un accidente, este accidente no estará causado por regla absolutamente general dolosamente, sino sólo por imprudencia consciente, aunque el sujeto – hasta aquí como es el caso de la correa de cuero – conocía las posibles consecuencias e incluso se le había advertido de ellas. La diferencia radica sin embargo en que el conductor, en tal situación y pese a su conciencia del riesgo, confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante, pues de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo sería la primera víctima de su conducta. Esta confianza en un desenlace airoso, que es más que una débil esperanza, no permite llegar a una decisión en contra del bien jurídico protegido. Sin duda se le puede reprochar al sujeto su descuidada negligencia o ligereza y castigarle por ello, pero como no ha tomado decisión alguna en contra de los valores jurídicos típicamente protegidos (como aquí la vida, la integridad corporal, la propiedad ajena), aquel reproche es más atenuado y merece sólo la pena de la imprudencia.” ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*, op. cit., pp. 425-426. ¿Cómo ROXIN sabe que el autor confía en que todo saldrá bien? Qué criterios utilizó para llegar a esa conclusión? ¿Será que el simple hecho de que el autor pudiera ser también víctima del desenlace lesivo autoriza la conclusión de que confiaba que nada iba acaecer? En un momento posterior, ROXIN utiliza como criterios para la identificación de la decisión por la posible lesión al bien jurídico justificaciones como: “(...) se puede decir que hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así – sea de buena o de mala gana – a la eventual realización de un delito, se conforma con ella.” (p. 427) Utiliza, también, expresiones como “tomar en serio el

Como bien advierte SCHÜNEMANN, el criterio utilizado por ROXIN resulta en *“algo vacío de contenido, ya que el concepto de ‘decidirse’ en sí mismo genera más interrogantes que respuestas”* ¹⁴⁹.

De tal manera, al utilizarse un concepto vacilante se potencia la posibilidad de utilización de criterios *ad hoc* para la identificación del dolo. Por consiguiente, la idea de se establecer una distinción entre conductas dolosas y no dolosas pierde bastante la fuerza, especialmente en los casos difíciles, una vez que la referida distinción acaba no ayudando mucho en la práctica.

Otra dificultad es que ROXIN no demuestra de forma convincente que la utilización, como fundamento del dolo, de la decisión por la posible lesión al bien jurídico resulta en mejores resultados preventivos para el Derecho penal.

La operación lógica que ROXIN realiza es la siguiente: el dolo es consustanciado por una decisión por la posible lesión al bien jurídico, que *“denota una actitud más hostil al Derecho”* ¹⁵⁰. Como consecuencia, para realizar sus objetivos preventivos, el Derecho penal debe tratar de modo más severo esa actitud más hostil al Derecho.

Sin embargo, la premisa presentada por ROXIN no parece llevar necesariamente a la conclusión a la que llega. Es hartamente cuestionable que la represión de una conducta que denota una actitud más hostil al Derecho represente necesariamente una forma más adecuada de prevenir nuevos delitos.

Para llevarse a cabo esa crítica, inicialmente es imprescindible saber qué quiere ROXIN decir con *“una actitud más hostil al Derecho”*.

riesgo” (p. 429). Así, es posible constatar que los criterios presentados no son claros o son, para decir lo mínimo, vacilantes.

¹⁴⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., p. 428.

¹⁵⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*, op. cit., p. 427.

Nos parece que con ello pretende dotar el dolo de un contenido normativo, es decir, quiere afirmar que:

*“(...) el concepto de decisión, como todos los conceptos jurídicos, no ha de enjuiciarse como puro fenómeno psicológico, sino según parámetros normativos”*¹⁵¹.

Ese criterio normativo es expresado por medio de la búsqueda del dolo en algo objetivo, especialmente identificado con la idea de peligro.

Ello es reconocido por el propio ROXIN al sostener que:

*“La magnitud del peligro conocido y la circunstancia de si el sujeto tenía, desde su posición, algún motivo para conformarse con el resultado desempeñarán el papel más importante al respecto; otros criterios como la habituación al riesgo, los esfuerzos de evitación y la cobertura o aseguramiento poseen una trascendencia más indiciaria para la valoración del peligro.”*¹⁵²

Sin embargo, con la adopción de un objetivismo para la identificación del dolo, en verdad, no se promueve efectivamente una mayor protección a los bienes jurídico-penales.

Todo lo contrario. Hay buenas razones, conforme se tratará de demostrar en el momento oportuno de este trabajo¹⁵³, para concluir que fundar el dolo en datos objetivos, en lugar de ayudar a prevenir futuras violaciones a los bienes jurídicos, aparentemente fragiliza esa función del Sistema Penal, una vez que el Derecho deja de tener como foco central de su

¹⁵¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 429.

¹⁵² ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 447.

¹⁵³ A ese respecto, confiérase: Capítulo IV, 2.1.

intervención la acción humana y pasa a evaluar algo externo a la acción: El peligro.

Es posible afirmar, pues, que esa es una propuesta que puede generar injusticias y, por ende, erosionar la función preventiva del Derecho penal, como se expondrá con mayor detalle en el momento adecuado de este trabajo.

Por consiguiente, esa relación propuesta por ROXIN entre decisión-en-contra-el-bien jurídico y prevención jurídico-penal es poco convincente¹⁵⁴.

En suma, las incongruencias lógicas del sistema de ROXIN, la falta de claridad en el propio concepto de decisión y la poco convincente eficacia político-criminal de su propuesta, sacan la fuerza argumentativa de su teoría.

De tal suerte, es posible afirmar que la propuesta de ROXIN deja lagunas y dudas, lo que acaba por perjudicar su adopción, por falta de plausibilidad.

1.2. La restauración de la vigencia de la norma

JAKOBS también presenta una propuesta, anclada sobre la base de una teoría de la pena muy particular¹⁵⁵, con el objetivo de presentar una

¹⁵⁴ Sobre las tesis como la de ROXIN, véase la opinión de JAKOBS: *“Las explicaciones usuales psicologistas (evitabilidad más fácil en el dolo) o eticistas (decisión de lesionar el bien en el dolo), les falta una relación suficientemente estrecha con la función del Derecho Penal. La afirmación próxima, que afirma la mayor peligrosidad del autor doloso, no convence: También el autor imprudente condiciona suficientemente la lesión de un bien, es decir, que no se puede graduar entre una y otra modalidad.”* JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, op. cit., p. 312. En el mismo punto de vista, RAGUÉS I VALLÈS sostiene que: *“Cuando mayoritariamente se entiende que la imposición de la sanción penal no es justificable a través de la mera retribución, sino sólo a partir de la producción de determinados efectos beneficiosos para la sociedad o el individuo a través de la amenaza de un mal o de la efectiva aplicación de éste, la afirmación de que, desde un prisma social, el hecho intencionado pertenece más a su autor que el realizado por descuido no basta todavía para explicar por qué el primero debe ser más gravemente castigado que el segundo. Es necesario, por tanto, aportar una fundamentación preventiva de la diferencia de pena entre delito doloso e imprudente.”* RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., pp. 35-36.

fundamentación normativa acerca de la *ratio* del tratamiento penal diferenciado y más severo para las conductas dolosas.

Para el referido autor, según los planteamientos de su última posición, el Derecho solamente está en vigor mientras tenga capacidad de orientar comunicativamente la conducta de los ciudadanos, sea en dirección a una prevención del delito, sea para la reacción contra la comisión de uno. Es decir: *“el Derecho está en vigor mientras y en la medida que constituya el esquema de orientación dominante, concretamente, para la prevención del injusto o, en cambio, para la reacción frente al injusto.”*¹⁵⁶

De tal manera, el delincuente, cuando comete un delito, *“pula el reloj del ajedrez para colocar el Estado en la necesidad de jugar, crea una tendencia lesiva y, en esa medida, podrá hablarse de un ataque a la vigencia de la norma.”*¹⁵⁷

Por tanto, cuando el autor ha realizado su conducta sin consideración por la vigencia del Derecho, afirmando que la norma no le vincula, el Estado debe contradecirlo a través de la pena¹⁵⁸.

En suma, la misión de la pena *“es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales”*, siendo que ella conlleva en

¹⁵⁵ Durante los años JAKOBS viene cambiando sus planteamientos y es posible identificar tres fases de su pensamiento, en lo que se refiere a la teoría de la pena. Una primera fase, en que adopta una visión psicologicista de la pena. Una segunda, en que propone un concepto funcional de retribución. Por fin, la tercera y actual, en que sostiene una reconstrucción de la teoría de la pena. Sobre esa evolución véase: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Introducción. En JAKOBS, Günther. La pena estatal. Madrid: Thomson Civitas, 2006, pp. 27-53. Sobre esa su última posición, confírase también: JAKOBS, Günther. System der strafrechtlichen Zurechnung. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012, pp. 13 y ss.

¹⁵⁶ JAKOBS, Günther. *La pena estatal, op. cit.*, p. 138.

¹⁵⁷ JAKOBS, Günther. *La pena estatal, op. cit.*, p. 138.

¹⁵⁸ JAKOBS, Günther. *La pena estatal, op. cit.*, p. 142.

*“una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma”*¹⁵⁹.

Específicamente en lo que toca el tema de la *ratio* para la imposición de un tratamiento penal más severo para el dolo, JAKOBS sostiene que las conductas dolosas afectan de modo más intenso la vigencia de la norma que las imprudentes, exigiendo, pues, una represión más dura para el restablecimiento de su vigencia¹⁶⁰.

Ello se debe a que la imprudencia revela apenas la incompetencia del autor en el manejo de sus propios asuntos. No hay certeza sobre si el resultado va ser grato o, por lo menos, aceptable al autor. Ya en el caso del dolo las consecuencias son aceptables para el autor, pues, caso contrario, no obraría¹⁶¹.

Posteriormente, JAKOBS aclara que la distinción conceptual para la mayor culpabilidad del dolo que la imprudencia reposa en la decisión, con indiferencia subjetiva, por la realización del tipo¹⁶².

La pena más grave para el dolo es, en resumen, una especie de contrarréplica proporcional a la afirmación más intensa contra la validez de la norma expresada por las conductas dolosas¹⁶³.

¹⁵⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, op. cit., p. 14. Recientemente, JAKOBS ha reafirmado esa posición al sostener que: “(...) la pena tiene la tarea de realizar, efectivamente, en el cotidiano, la fuerza orientadora de la norma, cuya validez es puesta en cuestión por el autor por medio de la violación a la norma. Así, si no se pretende debilitar la validez de la norma, la violación necesita de una ‘respuesta’.” JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*, op. cit., p. 15.

¹⁶⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, op. cit., p. 312.

¹⁶¹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, op. cit., pp. 312-313.

¹⁶² JAKOBS, Günther. *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Berlin, 114 (2002), p. 594.

¹⁶³ RAGUÉS I VALLÈS está de acuerdo con JAKOBS, en lo que toca a la fundamentación de la mayor severidad de pena para los delitos dolosos, al argumentar que: “La teoría de la prevención general planteada en los términos que hace Jakobs consigue dar una solución satisfactoria en términos preventivos sobre el porqué de la pena agravada de los delitos dolosos. Al autor doloso se le impone la pena como contrarréplica a la afirmación que se extrae de su hecho de que para él una determinada norma jurídica no tiene validez. La imposición de pena muestra a los demás ciudadanos

Lo que llama, desde el principio, la atención en la propuesta de JAKOBS es que tiene un fuerte paralelismo metodológico con la teoría de ROXIN.

ROXIN utiliza, como fundamento del tratamiento penal más riguroso para el dolo, la existencia de una decisión en contra los bienes jurídicos. JAKOBS cambia ese fundamento por la existencia de una decisión indiferente contra la validez de la norma, que expresa un mayor grado de infidelidad jurídica.

Se percibe, así pues, que JAKOBS utiliza - también para el dolo - el sustituto que propone para la función del bien jurídico en la teoría de ROXIN: El aseguramiento de la vigencia de la norma¹⁶⁴. Por consiguiente, en lugar de decir, como ROXIN, que dolo es una decisión contra el bien jurídico, JAKOBS afirma que dolo es una decisión contra la vigencia de la norma¹⁶⁵.

Ese cambio, sin embargo, no resulta en una mayor claridad con respecto al ofrecimiento de criterios para la identificación de una conducta como dolosa.

Con la propuesta de JAKOBS no se sabe bien cuando la acción u omisión puede ser considerada como infiel al Derecho. Permanecen, pues, los mismos problemas, encontrados en la teoría de ROXIN, de ausencia de

que dicha afirmación es errónea y que la norma sigue rigiendo, lo que les permitirá seguir contando con ella en sus orientaciones futuras. Por el contra, al autor imprudente basta con imponerle en ciertos casos una pena menor, simplemente para garantizar los estándares objetivos de peligro.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El dolo y su prueba en el proceso penal, op. cit., p. 42.

¹⁶⁴ Eso por que el Derecho Penal para JAKOBS no busca proteger bienes jurídicos, sino que la vigencia de la norma. Para el referido autor, “*el Derecho penal garantiza entonces la expectativa de que el otro es fiel al Derecho o, en caso contrario, se comporta de manera culpable, con total independencia de su estado psíquico – conocimiento o no conocimiento –, el cual tampoco puede pronosticar nadie en una sociedad anónima, por lo que regirse por él interfiere en la prestación de orientación que realiza el Derecho.*” JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson Ed. Civitas, 2004, p. 33

¹⁶⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., p. 427.

criterios distintivos claros, promoviéndose concepciones vacías de contenido.

Lo único que cambia aquí es que los referidos problemas se presentan ahora para la identificación de lo que sería esa infidelidad jurídica fundamentadora del dolo y no ya para la identificación de lo que sería la decisión por la posible lesión de los bienes jurídicos.

Pero es que además, la teoría de JAKOBS, también, abandona la vinculación entre el fundamento del dolo y el contenido material, inherente al concepto de bien jurídico, como hacia ROXIN. Y eso parece problemático, una vez que el concepto de fidelidad jurídica pasa a no estar limitado explícitamente por ningún criterio de justicia, puesto que su fundamento está anclado exclusivamente en la norma.

Pero, como se sabe, hay normas con diversos contenidos, justas o injustas, legítimas o ilegítimas, violadoras o protectoras de los derechos fundamentales.

Así, justificar la pena más severa al dolo, en virtud de un deber de fidelidad a la norma, independientemente de su contenido material, puede resultar en una grave fuente de injusticia, erosionando, pues, los fundamentos promovidos y los objetivos perseguidos por el Derecho penal.

Para decir en otras palabras, la norma vale por su simple existencia, independientemente de su contenido material. El tratamiento más severo de los injustos dolosos sirve para reafirmar esa norma, que puede tener un contenido arbitrario. De tal manera, la pena más severa para el dolo acaba teniendo la potencialidad de causar injusticias, no de prevenirlas.

Así, de acuerdo con la teoría de JAKOBS, el tratamiento penal más severo para los casos de dolo se justifica simplemente en el hecho de que la norma, metafóricamente hablando, ha afirmado que el dolo es más grave.

Esa fundamentación provoca un serio problema de orden político-criminal, pues abre las puertas para una manipulación de lo que es

considerado como infidelidad jurídica (dolo) y, por ende, merecedor de pena más grave.

Por fin, otra perspectiva criticable en la teoría de JAKOBS, es que no se preocupa en intentar demostrar que su propuesta ofrece efectivamente resultados preventivos en el día a día de los ciudadanos, contentándose con la mera respuesta normativa al delito, importando poco si esa respuesta iba o no a generar la evitación de la práctica de nuevos delitos.

Por esos motivos, no conviene concordar con las razones presentadas por JAKOBS para fundamentar el tratamiento penal diferenciado del Derecho penal en relación a los injustos dolosos, con que, a nuestro juicio, las mismas han de ser rechazadas.

2. HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN LINGÜÍSTICA

Constatadas las insuficiencias y problemas de las propuestas ofrecidas por las teorías tradicionales, cumple, en este momento, intentar presentar una respuesta más satisfactoria a la cuestión referida a la legitimidad del establecimiento de un tratamiento penal más severo para los injustos dolosos.

El camino para la solución de esa cuestión, como ya fue sugerido por las propuestas funcionalistas, involucra necesariamente el empleo de la función preventiva de Derecho penal como baremo para *“calibrar la gravedad de actitudes intencionales antinormativas”*¹⁶⁶, ya que, en este trabajo, se está de acuerdo con la idea de que la pena solamente tiene sentido si es utilizada como instrumento práctico y efectivo para garantizar una convivencia libre y segura de los ciudadanos en la sociedad, es decir, que la pena debe tener necesariamente una función preventiva¹⁶⁷.

La *ratio* del tratamiento penal más severo para el dolo, del mismo modo, debe probar su eficacia *“frente al fórum de los fundamentos estructurales de la aplicación de la pena estatal”*, como bien asevera FRISCH¹⁶⁸.

A fin de cuentas, el Derecho penal debe necesariamente promover una función preventiva, una vez que, como advierte VIVES ANTÓN:

*“(...) todo castigo que no sirva en absoluto a fin alguno de prevención general ni especial y, por lo tanto, no cumpla ninguna función de tutela, es jurídicamente inaceptable, por grave que sea el delito por el que se imponga; pues, falto de toda finalidad, el castigo no sería una pena jurídica, sino una especie de exorcismo.”*¹⁶⁹

¹⁶⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 253.

¹⁶⁷ ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*, op. cit., pp. 42-43.

¹⁶⁸ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, op. cit., p. 40.

¹⁶⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 1060.

La cuestión, entre tanto, que se debe enfrentar a continuación, es identificar - y aquí reside la gran discordancia de este trabajo con las propuestas funcionalistas - cuáles son las mejores vías para alcanzarse ese objetivo de prevención y, como consecuencia, identificar si, de hecho, es una buena estrategia para el Derecho penal promover un tratamiento penal más severo para los casos de dolo.

Y ello es fundamental, una vez que solamente tiene sentido promover un tratamiento penal más severo para el dolo si tal providencia de hecho involucra la realización más efectiva de la función preventiva que debe ser perseguida por el Derecho penal. En otras palabras, solamente merece la pena tratar los injustos dolosos con mayor severidad, si ello se refleja en una realización más adecuada de la función preventiva del Derecho penal.

2.1. Prevención general negativa versus positiva

Toda norma penal tiene, obviamente, entre otros fines, el de hacer que la gente cumpla sus prescripciones y, para ello, el Estado debe desarrollar una estrategia político-criminal.

HABERMAS indica que hay dos formas principales de proyectar la intervención estatal con el fin de influir en la conducta de los ciudadanos. Es lo que denomina de "*mecanismos de coordinación de acción*", que son:

(i) las vinculaciones motivadas empíricamente, fundadas en la incitación o intimidación generada por medio del empleo de la fuerza física¹⁷⁰, de la atracción corporal¹⁷¹, de las habilidades cognitivo-instrumentales¹⁷² y de la capacidad de movilizar riqueza¹⁷³;

¹⁷⁰ Que consiste en un: "*temor ante la posibilidad de un castigo, atracción ante la posibilidad de protección.*" HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. II, Crítica de la Razón Funcionalista. Madrid: Taurus, 1992, p. 257.

¹⁷¹ Es decir: "*vinculación sentimental.*" HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. II, *op. cit.*, p. 257.

(ii) la confianza motivada racionalmente, que está “*basada en un acuerdo fundado, en el caso de una señalada capacidad de la persona de responder a sus actos en la interacción, o en el caso de un saber que la persona dispone*”¹⁷⁴.

Así, desde esa perspectiva, que parece adecuada, el Derecho penal, en la configuración de sus normas, tiene básicamente dos opciones para cumplir su función preventiva.

La primera, es diseñar la arquitectura de las sanciones penales basando su fuerza persuasiva en la motivación empírica del castigo. Ese es un modelo utilitarista, fundado en las acciones orientadas al éxito.

La segunda, es trazar una estrategia de intervención penal de acuerdo con criterios de motivación racional, por medio del convencimiento con buenas razones¹⁷⁵. Ese es un modelo moral, fundado en las acciones orientadas al entendimiento.

Es evidente que ésta no es una división tajante, pues una misma norma penal, con su amenaza de pena, puede suministrar tanto motivaciones empíricas (coacción psicológica), cuanto motivaciones racionales (asentadas en buenas razones), dependiendo del contexto en que incide y de las particulares condiciones psicológicas, sociales y culturales de sus destinatarios.

La cuestión central es, sin embargo, elegir cuál de las dos motivaciones (empírica o racional) debe prevalecer, como protagonista, en la orientación del programa estatal de conminación de penas, para el cumplimiento de su pretensión preventiva, sin olvidar, entre tanto, de la

¹⁷² Que es la “*incitación mediante expectativas de éxito.*” HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. II, *op. cit.*, p. 257.

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. II, *op. cit.*, p. 257.

¹⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. II, *op. cit.*, p. 256.

¹⁷⁵ En las palabras de HABERMAS: “*O alter acepta la oferta de ego porque se orienta en vista de los castigos y recompensas que ego puede distribuir o porque confía en que ego dispone del saber necesario y es lo suficientemente responsable como para garantizar el desempeño de las pretensiones de validez con que se presenta en la comunicación.*” HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. II, *op. cit.*, p. 399.

pretensión de legitimidad¹⁷⁶ que debe iluminar un Estado de Derecho, que presupone una actuación estatal no arbitraria y respetuosa a los derechos fundamentales¹⁷⁷.

a) El protagonismo de la motivación empírica (prevención general negativa)

La convicción de que las prácticas humanas son esencialmente guiadas por una acción orientada al éxito hace ya parte de la tradición moderna de la ciencia política occidental.

MAQUIAVELO introdujo la idea de que el hombre es un ser egocéntrico, ocupado solamente por su propio interés, en una lucha permanente de autoconservación, por medio de una red infinita de interacciones estratégicas¹⁷⁸.

En el mismo sentido, cerca de ciento veinte años más tarde, HOBBS señaló que la naturaleza ontológica humana está formada por la capacidad específica de procurarse siempre el bienestar futuro, en una actitud de amplificación preventiva del poder frente al semejante. Justamente por eso, creía que el hombre - cuando estaba en el estado natural, por tanto, antes de la constitución de la sociedad civil - estaba condenado a vivir en una permanente guerra de todos contra todos¹⁷⁹.

Así que, para HOBBS, estaba claro que:

¹⁷⁶ Cf.: JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio preliminar*. En VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. *Op. cit.*, pp. 87-88.

¹⁷⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, *op. cit.*, pp. 685 y ss.

¹⁷⁸ HONNETH, Axel. *La Lucha por el Reconocimiento: Por una gramática moral de los conflictos sociales*. Trad. de Manuel Ballester. Barcelona: Crítica, 1997, pp. 16-17.

¹⁷⁹ HONNETH, Axel. *La Lucha por el Reconocimiento*, *op. cit.*, pp. 17-18.

*“(...) la tolerable subordinación de todos los sujetos a un poder soberano absoluto no puede ser sino el resultado racional de un cálculo instrumental de intereses de cada uno.”*¹⁸⁰

De tal manera, MAQUIAVELO y HOBBS compartían una premisa de ontología social que hace de la lucha de los sujetos por la egoísta autoconservación referencia última de sus análisis teóricos¹⁸¹.

Fue justamente esa noción, de reducir la actividad del Estado a una intervención instrumental del poder, la que el joven HEGEL intentó combatir¹⁸².

De hecho, no es por otro motivo que HEGEL fue un arduo crítico de la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH, que propugnaba que la ley tenía el propósito de coaccionar, con su amenaza, a la gente a actuar de acuerdo con ella¹⁸³.

¹⁸⁰ HONNETH, Axel. *La Lucha por el Reconocimiento*, op. cit., p. 18.

¹⁸¹ HONNETH, Axel. *La Lucha por el Reconocimiento*, op. cit., pp. 18-19.

¹⁸² HONNETH, Axel. *La Lucha por el Reconocimiento*, op. cit., pp. 18-19. Sobre el desarrollo de las posiciones del joven HEGEL, véase: HONNETH, Axel. *La Lucha por el Reconocimiento*, op. cit., pp. 20-81.

¹⁸³ Sobre la teoría de la coacción psicológica, véase lo que el propio FEUERBACH afirma: “Se entenderá que la pena tiene como objetivo el efecto cuya creación pueda concebirse como causa de la existencia de una pena, si es que existe el concepto de pena. I) El objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas. II) El objetivo de su aplicación es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin la aplicación de la conminación quedaría hueca (sería ineficaz). Puesto que la ley intimida a todos ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediato (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley.” FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 60.

HEGEL defendía que la tesis de FEUERBACH funcionaba “*como cuando uno levanta el garrote frente a un perro, y el hombre ya no es tratado según su honor y libertad, sino como un perro*”¹⁸⁴.

Realmente, no parecía ser una buena opción para el Derecho penal apostar todas sus fichas en una idea de prevención general negativa, anclada en la acción instrumental orientada al éxito¹⁸⁵.

El protagonismo del criterio de la amenaza para la conminación de pena es insostenible en un Estado Democrático de Derecho - que, como ya se ha dicho, presupone una actuación no arbitraria -, pues, en ese caso, “*la cantidad o intensidad de pena necesaria para conseguir la intimidación (...) no guarda (...), en principio, ninguna relación con la magnitud de la ilicitud del acto o de la culpabilidad de su autor.*”¹⁸⁶

Y es por todos sabido lo inadmisibile que es un Estado administrado bajo la batuta del miedo¹⁸⁷, pues éste se transforma en un “*Estado de Terror*”.

¹⁸⁴ HEGEL, Georg W. F. *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de Derecho Natural y Ciencia del Estado*. Trad. Eduardo Vásquez. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000, §9º, adición, p. 170.

¹⁸⁵ Sobre los efectos de empíricos de la amenaza, es interesante lo que habla TYLER acerca de los estudios de Kurt LEWIN: “*Una distinción experimental clave introducida en el enfoque de la pesquisa de Lewin fue el comportamiento de estudiantes mientras el líder está presente y el comportamiento mientras el líder estaba ausente. Fue descubierto que cuando un líder de un grupo autocrático dejaba la aula, el comportamiento de los jóvenes cambiaba (el tiempo de trabajo de los niños bajaba del 52% para 16%). Cuando el líder era democrático, ese cambio no ocurría (p. ej. el tiempo de trabajo bajaba solamente del 50% para el 46%). Por lo tanto, cuando el tiempo era motivado por medios democráticos, los niños trabajan independientemente de la presencia de la autoridad presentándoles recompensas y/o sanciones. Lewin argumenta que un liderazgo democrático, con participación, involucra la motivación interna de los niños. Así su comportamiento no es más vinculado a la presencia de fuerzas externas representadas por el líder. En lugar de eso, el comportamiento fluye de la motivación interna – de lo que los niños quieren hacer o sienten que deben hacer.*” TYLER, Tom R. *Why people cooperate*. Princeton: Princeton Univ. Press, 2011, p. 04.

¹⁸⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 306

¹⁸⁷ Basta recordar los absurdos preventivistas de la teoría de la pena propuestos por el programa de Marburgo. Cf.: ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminología*, op. cit., p. 03. Sobre el

De igual modo, incluso en un Estado Democrático de Derecho, la apuesta exclusiva en el poder de intimidación de las normas penales genera el terrible efecto colateral de la invasión excesiva en la vida de los ciudadanos¹⁸⁸, cuyos objetivos preventivos, además, solo funcionan bajo una fuerte vigilancia y un eficiente trabajo de control de las agencias de represión.

Todos esos efectos directos y colaterales de una actuación estatal orientada exclusivamente a la amenaza de pena, además, resultan prácticamente en vano, puesto que se trata de una opción de política-criminal con efectos empíricos bastante reducidos¹⁸⁹.

Al mismo tiempo, un tratamiento desproporcionado e ilegítimo de los ciudadanos por el Derecho penal puede causar todavía - y con razón - resistencia social o rebelión en contra el Estado, una vez que de *“la experiencia del menosprecio puede devenir el impulso motivacional de una lucha por el reconocimiento”*¹⁹⁰.

Ante eso, es posible concluir que no es bueno ni moral (justo) que el Sistema Penal adopte como criterio predominante, en la conminación de las penas, la motivación empírica de la coacción psicológica¹⁹¹.

Pese todo ello, es evidente que no se puede negar la influencia que la amenaza de pena puede tener en la prevención de los delitos¹⁹². Así es cierto

cambio de una visión retribucionista para una preventivista en von LISZT y en el programa de Marburgo, véase: MUÑOZ CONDE, Francisco. *La Herencia de Franz von Liszt*, op. cit., pp. 18-19.

¹⁸⁸ Cf.: ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*, op. cit., p. 81.

¹⁸⁹ Véase: ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminología*, op. cit., p. 87.

¹⁹⁰ HONNETH, Axel. *La Lucha por el Reconocimiento*, op. cit., p. 168.

¹⁹¹ Igualmente, véase: KINDHÄUSER, Urs. *Pena y culpabilidad*. En el Estado Democrático de Derecho. Lima: Ara Editores, 2009, pp. 24-26.

¹⁹² Véase que la eventual influencia de la coacción psicológica en la actitud de los ciudadanos, además, es fundada en una falsa percepción, como advierte ROBINSON: *“La mayoría de los ciudadanos se asombrarían de los bajos que son los porcentajes de sanción, lo que sugiere que la percepción de tales porcentajes es mayor de lo que realmente son. Afortunadamente para la disuasión, la gente tiende a sobreestimar la probabilidad de ocurrencia de eventos inusuales. Este error es útil*

que el modelo de la coacción psicológica no debe ser simplemente sustituido por el modelo de motivación racional, sino que ha de ser complementado ¹⁹³.

Conforme afirma HABERMAS:

"(...) la dominación política sólo puede ejercer una fuerza de integración social en la medida que el empleo de medios de sanción no se base en la pura represión, sino en la autoridad inherente a un cargo que a su vez esté anclado en un orden jurídico. De ahí que las leyes necesiten del reconocimiento intersubjetivo de los ciudadanos, que tengan que ser legitimadas como justas." ¹⁹⁴

Así, el papel del sistema de la coacción psicológica, de la que denominamos prevención general negativa, debe ser secundario¹⁹⁵ y no debe, como ya hemos visto, ser el principal orientador de las políticas criminales de conminación de pena.

b) El protagonismo de la motivación racional (prevención general positiva)

Para comprender adecuadamente como el Derecho penal puede influir en la vida de las personas, por medio de la motivación racional

porque lo que cuenta para efecto disuasorio es la tasa percibida de sanción, y no la real." ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 64.

¹⁹³ HONNETH, Axel. *La Lucha por el Reconocimiento*, op. cit., p. 200.

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. II, op cit., p. 265.

¹⁹⁵ Defendiendo también un papel secundario a la "presión instrumental" de la represión legal, es la posición de KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996, p. 40.

(prevención general positiva), es importante comprender antes como se da el funcionamiento de la norma penal.

Las normas jurídicas son una forma institucionalizada de discurso. Son una comunicación lingüística del poder estatal con los ciudadanos¹⁹⁶.

La pretensión expresada por la norma jurídica – valiendo recordar que en este trabajo se tiene siempre el foco en las normas penales¹⁹⁷ – es realizar una acción comunicativa con los sujetos. Es un mensaje lingüístico claro de cómo el Estado propone que los ciudadanos se comporten.

Así, es posible afirmar que, por medio de las normas (penales), el Estado, que consustancia una expresión de la legitimidad pública de una comunidad, levanta una pretensión de validez con relación a los ciudadanos¹⁹⁸, o sea, cuando el Estado expresa sus enunciados, por medio de la norma, presenta una pretensión, una expectativa de comportamiento, que puede ser reconocida (cumplida) o rechazada (incumplida) por las personas.

De tal manera, desde una perspectiva de la prevención general positiva que aquí se defiende, las normas incriminatorias del Derecho penal

¹⁹⁶ Como afirma HÖRNLE: *“Es difícil negar que las leyes penales tienen un objetivo: se trata de un acto de comunicación.”* HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorie*, op cit., p. 07.

¹⁹⁷ Véase que las normas penales no se restringen a las normas incriminadoras. Cf.: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op cit., p. 115.

¹⁹⁸ En ese sentido, véase lo que sostienen COBO DEL ROSAL y VIVÉS ANTÓN: *“(…) las normas aparecen en el lenguaje. Y aparecen como directivas de conducta que pretenden ser válidas. Esa validez remite a una justificación argumental, de la que no exonera la pertenencia de la norma al derecho vigente (pues el tipo de razones en virtud de las cuales cabe entender justificada una directiva de conducta determinan, a la vez, su significado directivo).*

Desde esta perspectiva procedimental habría que prescindir de la cuestión de si la norma ‘es’ un imperativo, un juicio de valor o ambas las cosas y analizar la posible contradicción entre sus pretensiones de validez y la concreta acción que se pretende enjuiciar conforme a ella.” COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal, Parte General*. 5ª Ed. Valencia: Tirant la Blanch, 1999, pp. 273-274. Y, como afirma VATTIMO: *“toda pretensión de validez (...) está fundada en una factible puesta en común (condivisibilità) del proyecto que propone.”* VATTIMO, Gianni. *Presentación*. En RORTY, Richard. *Una ética para los laicos*, Buenos Aires: Katz, 2009, p. 11.

deben traer subyacentes buenas razones, con el objetivo de construir una pauta mínima y justa de convivencia social¹⁹⁹.

Por consiguiente, la norma penal tiene que establecer un dialogo legítimo con las comunidades que pretende regular. Para ser ampliamente cumplida, la norma debe respetar las concepciones de justicia, que subyacen a una regularidad práctica e intersubjetiva, existente en un determinado contexto social.

Solamente así, es decir, por medio de un diálogo con pretensión de legitimidad, es posible hacer el convencimiento de los ciudadanos a seguir la norma penal, a confiar en el sistema, a incluir en su modo de vida, en su comportamiento cotidiano, el respeto por las normas penales. La lealtad de la población solo se ve facilitada cuando hay la aceptación de su contenido normativo²⁰⁰.

¹⁹⁹ Así también VIVES ANTÓN: "(...) las normas jurídicas les es inmanente una dimensión de validez, pretensión de validez, que puede venir o no venir respaldada por la correspondiente clase de razones; y la clase de razones capaces de cubrir o dejar al descubierto tal pretensión de la norma jurídica consiste en un articulado conjunto de razones concernientes a cómo queremos vivir, de razones concernientes a la equidad de los compromisos entre las distintas proyecciones valorativas, de razones de tipo técnico y de razones de tipo moral." VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 101. Las normas penales deben, pues, estar fundadas en bienes jurídicos. Sobre de la concepción de bien jurídico de VIVES ANTÓN, que aquí se adopta, véase lo que asevera MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: "(...) el bien jurídico es entendido por VIVES así, simplemente, como una razón o conjunto de razones. Y por ello hablamos, en suma, de un entendimiento procedimental y no sustancial. Un entendimiento en el que lo característico no es aceptar, sin más, como bienes jurídicos dignos de protección aquellos que el legislador, por el procedimiento democrático, haya seleccionado (eso es, caracterizar el bien jurídico en términos de objeto), sino concebir el bien jurídico en términos de justificación, y, en concreto, como un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad, en virtud del cual lo que se pretende es determinar las razones que pueden justificar inmediatamente el delito y la pena." MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de Empresa: parte general*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 142. Cf. también: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 829.

²⁰⁰ "La aceptación de la norma es comprendida en la sociología del derecho como su observancia en consecuencia de la afirmación interna de su legitimidad." SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Akzeptanz*

Así, para que funcione la prevención general positiva, vista desde una perspectiva lingüística, la norma tiene que, metafóricamente hablando, aconsejar a la gente que sea racional²⁰¹ y que acepte la orden legítima²⁰².

Tal consejo, como afirma RORTY, es “sugerir (a la gente) simplemente, que en algún lugar entre las creencias y los deseos que se comparten quizá hayan recursos suficientes para lograr un acuerdo sobre cómo coexistir sin violencia.”²⁰³

Esas buenas razones, evidentemente, no son metafísicas o transcendentales²⁰⁴. Deben, pues, estar vinculadas al contexto del país en que la norma es elaborada, de acuerdo con la ética comunitaria de los destinatarios, sus circunstancias y vicisitudes²⁰⁵.

von Normen und Sanktionen aus der Perspektive der Tatproportionalität. En Tatproportionalität: normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung. Heidelberg: C. F. Müller, 2003, p. 185. Conforme HABERMAS: “Los destinatarios de las normas sólo pueden ser suficientemente motivados a una observancia general de las normas si han internalizado los valores encarnados en esas normas.” HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo, 6ª ed. Madrid: Trota, 2010, p. 132.

²⁰¹ Utilizándose de las palabras de VATTIMO: “la racionalidad de un discurso consiste en su presentabilidad decente a los demás.” VATTIMO, Gianni. *Presentación, op. cit.*, p. 12.

²⁰² Como afirma VIVES ANTÓN: “(...) el derecho positivo moderno, al haber juridificado sus propias condiciones de producción legítimas, regula un proceso de formación de la opinión y la voluntad, es decir, regula un proceso de (en el mejor de los casos) uso público de la razón o (en todo caso) de uso de la razón social (que, mientras seamos seres hablantes, tiene a aquél como medida interna), regula, digo, un proceso de formación de la opinión y la voluntad políticas que aseguran y aun garantizan al derecho una constante tensión interna entre positividad, facticidad de la razón social y validez ideal.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal, op. cit.*, p. 110.

²⁰³ RORTY, Richard. *El pragmatismo, una versión, op. cit.*, p. 224.

²⁰⁴ Como bien afirma VIVES ANTÓN: “para enjuiciar la validez de una norma penal cualquiera, es preciso articular su pretensión global de justicia en pretensiones parciales y más concretas”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal, op. cit.*, p. 490.

²⁰⁵ Lo que no quiere significar – y eso es fundamental dejar bien claro – que el Derecho penal, el Estado, tenga que, necesariamente, aceptar prácticas sociales y valores totalmente disconformes con los desarrollos civilizatorios del pensamiento humano, en aquél determinado contexto. De tal manera, si determinada localidad de un país tiene prácticas sociales violentas y violadoras de los derechos de las minorías, por ejemplo, eso no quiere

Al fin y al cabo, la expectativa de legitimidad presupone que los sujetos solo consideren justificadas las normas que creen poder sostener en un discurso racional²⁰⁶.

decir que el Estado tenga que aceptar tales prácticas en sus normas penales. Todo lo contrario. La omisión del Estado y la impunidad ante esas prácticas es que resultaría en una violación a los conceptos implícitos de justicia de determinada sociedad. La aplicación de una pena proporcional, en esos casos es, sin dudas, un imprescindible instrumento de justicia. Ello por que “los juicios éticos remiten a un ‘background’ de buenas razones (esto es, de razones válidas en cuanto tales) para actuar del modo que ellos prescriben. Por eso no resulta gramaticalmente posible mostrarse de acuerdo con quien no desea comportarse bien.” (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 480). Por lo tanto, “(...) una sociedad puede querer usar el Derecho Penal para cambiar las intuiciones de justicia de las personas hacia una visión más compatible con los valores sociales a los que aspira la comunidad.” (ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho Penal*, op. cit., p. 192). Ocurre que, en tales casos, el Derecho (y los otros instrumentos de enseñanza social) tienen una dificultad mayor para justificarse y deben hacer un esfuerzo concentrado para publicitar y convencer determinado grupo de personas a seguir la norma que les es contraintuitiva o contra las prácticas habitualmente realizadas por esas personas determinadas (ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho Penal*, op. cit., pp. 55-56). Esto se debe a que cuando “el Derecho entra en conflicto con la intuición lega será necesario un esfuerzo específico de instrucción” (ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho Penal*, op. cit., p. 91.), pues las dudas sobre la pretensión de verdad de opiniones deben eliminarse mediante explicaciones y afirmaciones, ya que el discurso debe ser fundamentado mediante razones (ETCHEVERRY, José Luiz. *Advertencia a la edición castellana*. En HABERMAS, Jürgen. *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*. Madrid: Cátedra, 1999, p. 13).

²⁰⁶ ETCHEVERRY, José Luiz. *Advertencia a la edición castellana*, op. cit., p. 13. Véase que HABERMAS, como se deduce del anterior, atribuye una especial importancia a la razón, afirmando que, en esa comunicación, vale solamente la fuerza del mejor argumento, pues “[l]a aceptabilidad racional del enunciado correspondiente se fundamenta en la fuerza de convicción del mejor argumento.” HABERMAS, Jürgen. *Entre el Naturalismo y Religión*. Barcelona: Paidós, 2006, p. 56. Así también: KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, op. cit., pp. 38-39. Ocurre que – y esta es una pequeña objeción a la propuesta de HABERMAS, que, como se ve, se adopta en este trabajo – sin embargo, ni siempre la acción humana es guiada por razones. Como alertaba WITTGENSTEIN: “Si he agotado los fundamentos, he llegado a roca dura y mi pala se retuerce.” (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. 3ª ed. Barcelona: Crítica, 2010, § 217, p. 211). Y, cuando se agotan las razones, tenemos que utilizar la

Procediendo de esta forma, se promueve una armonización entre las directivas de la norma penal y las directivas prácticas de la comunidad que regula, una vez que el contenido de la norma y de las formas de vida seguidas por las personas reales que viven en tal comunidad, comparten las mismas concepciones implícitas de justicia.

Esas concepciones implícitas de justicia son las reglas prácticas que señalan lo que es justo o injusto en determinada comunidad y que son imprescindibles para la propia creación de las normas explícitas e institucionales.

En ese sentido, BRANDON, con base en WITTGENSTEIN, sostiene que:

"(...) es necesaria una concepción pragmática de las normas - una noción primitiva de corrección de una actuación, que esta implícita en la práctica, que precede - y que se presupone para - la formulación explícita de las reglas y principios.

(...)

*Hay una clase de corrección que no depende de justificaciones explícitas, una clase de corrección práctica."*²⁰⁷

persuasión. Cf.: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2000, § 612, p. 173. Así no es posible olvidar esa advertencia de WITTGENSTEIN, pues "el poder de convicción de las razones termina, a veces, muy pronto", siendo que, como afirma VIVES ANTÓN, "reconociendo el mérito y la importancia de construcciones como las de Apel y Habermas, (...) ha de admitirse que las razones sólo operan a partir de ciertos presupuestos que están ahí, que vienen dados por nuestra forma de vida y que, en cada época y cada cultura, son los que son, aunque, ciertamente, pueden y deben cambiar, pues no son igualmente válidos". VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Estudio preliminar*. En RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 45-46.

²⁰⁷ BRANDON, Robert B. *Making it Explicit: Reasoning, Representing and Discursive Commitment*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994, pp. 21-22.

Por esa razón, es correcto afirmar que, cuando las normas explícitas e institucionales del Derecho penal, están de acuerdo con las normas implícitas y prácticas de justicia de determinada comunidad, las personas que componen la referida sociedad ya tienen la costumbre de seguir esas normas. Así, es mucho más fácil para ellas seguir esas directivas y, por tanto, cumplir la ley penal.

De tal manera, por ejemplo, si una norma penal pasa a tipificar como delito jugar fútbol en un país como Brasil, difícilmente la norma tendría mucho éxito en sus objetivos. No hay dudas de que la gente iba intentar jugar, aunque de modo oculto, en campos de futbol clandestinos. Ello porque el futbol es ya parte de la identidad cultural de Brasil y la norma penal, por sí sola, difícilmente cambiaría esa tradición.

Por otro lado, si la norma penal pasa a tipificar como delito el consumo de carne de perro, esa norma tendría pleno éxito en países como Brasil o España, una vez que, en esas culturas, es repulsiva la muerte de perros y el consumo de su carne.

Sin embargo, si ello se pasa China, esa norma estaría en contraste con las tradiciones de la comunidad local, en que el consumo de carne canina es considerado muy sabroso y es normalmente preparada para ocasiones especiales y festivas.

De tal manera, es posible concluir que el seguimiento de la norma tiene una aceptación mucho más amplia en el caso en que haya una convergencia entre el contenido de la norma penal y el contenido de las normas prácticas que rigen las formas de vida que se pretende tutelar.

Con ello se llega a la primera conclusión parcial y que tiene especial relevancia para la comprensión del tema. La mejor forma de prevenir delitos es por medio de un Derecho penal racionalmente fundado en las concepciones implícitas de justicia de la sociedad que pretende regular.

Así, desde un punto de vista de utilidad, el uso de la prevención general positiva (motivación racional), parece ser la mejor opción para

orientar un programa estatal de prevención a futuras violaciones a los bienes jurídicos que son dignos de tutela penal.

Pero, más importante que el argumento de utilidad, es un argumento material, es decir, un argumento de legitimidad.

Desde un argumento de legitimidad, aquí, también, se promueve la tesis de que solamente es posible reconocer una norma penal como tal si la referida norma está fundada en una racionalidad práctica.

Ello porque, la única base aceptable para que se reconozca una ley como norma jurídica es consustanciada por la concurrencia de dos pilares fundamentales e ineludibles: (i) la existencia de una decisión legítima de poder (ley en sentido formal) y (ii) la existencia de una racionalidad práctica que apoye la referida decisión (ley en sentido material)²⁰⁸.

En otras palabras, para que se pueda reconocer como legítima una incriminación penal, ésta debe estar materializada en una norma legal y en una razón práctica²⁰⁹.

En ese sentido argumenta VIVES ANTÓN al hablar sobre las normas:

*"(...) uno puede sostener el carácter normativo de la Norma fundamental; pero entonces ha de saber que lo que la hace ser una norma no es ninguna clase de acto de voluntad empírico sino, a lo sumo, un acto de 'voluntad racional' o, dicho sin eufemismos: lo que convierte a la Norma fundamental en norma es su razonabilidad práctica. De esa razonabilidad – no de la voluntad que las afirma – derivarían su 'esencia normativa' las restantes reglas del Derecho."*²¹⁰

²⁰⁸ Confiérase JIMÉNEZ REDONDO, explicando la propuesta de VIVES ANTÓN, que aquí se adopta, en: JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio preliminar*. En VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 82 y ss.

²⁰⁹ JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio preliminar*, op. cit., pp. 82 y ss.

²¹⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 369.

Así, la incriminación penal solo puede ser realizada por medio de normas penales amparadas por un contexto de justificación intersubjetivo, racional y práctico²¹¹.

Al fin y al cabo, el Derecho tiene un innegable contenido ético, como explica VIVES ANTÓN:

“(...) la gramática de los juicios jurídicos (las prácticas sociales sobre las que descansa su significado), dado que el derecho es un modo de expresión institucional de esas necesidades y aspiraciones, no es sino una parte de la gramática de los juicios éticos.

Es más: me atrevería a sugerir, aunque sólo fuese a título de hipótesis, que la división de la ética en Doctrina de la virtud (Moral) y Doctrina del Derecho (Justicia) procede del proceso de diferenciación del Derecho, y que la idea contraria, la idea de que el proceso de diferenciación del Derecho supone un alejamiento de los dominios de la ética, a los que, a lo sumo, se retorna después mediante un proceso de internalización, es un producto ilusorio, que resulta de definir la evolución de los sistema jurídicos a lo largo de la modernidad con criterios sustantivos, donde debía haberse operado – puesto que de definir se trataba – con criterios gramaticales.

*Dicho de otro modo: el derecho ha sido siempre el ámbito en el que se han debatido, o se han resuelto sin debate, los problemas básicos de la comunidad en torno a la justicia, pese que la comprensión académica del sistema jurídico haya podido ser otra.”*²¹²

Además, el Derecho constituye un instrumento fundamental para la realización concreta y práctica de los ideales de justicia de la comunidad, rechazando, pues, manifestaciones de desprecio a los conceptos razonados de justicia.

²¹¹ Cf.: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., pp. 829-830.

²¹² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 481.

Por tanto, para que el Derecho penal, basado en razones, pueda funcionar bien, es imprescindible la existencia de una práctica estable de justicia entrañada en las formas de vida y sus significados.

Es justamente con base en esas premisas que se promueve, de verdad, un encuentro del argumento de utilidad (prevención general positiva) con el argumento de legitimidad (norma penal anclada en una razón práctica).

En resumen, es posible decir que, con esa propuesta lingüística de los fines de la pena, se promueve la legitimidad efectiva del sistema penal y la lealtad comunicativa de la población anclada en las prácticas sociales, en el discurso éticamente elaborado²¹³.

Además, con la tesis que aquí se propone, el ciudadano no es utilizado como instrumento para fines preventivos de la pena, sino que es la figura central en la comunicación de la norma. El sujeto contribuye, dentro de sus prácticas sociales, a dibujar los contornos de las normas legítimas. Es fuente de producción de la norma. Es protagonista, no coadyuvante. Es centro, no instrumento, del sistema penal. El ciudadano, las comunidades

²¹³ El sistema legal no puede así ser apenas decorado “con un polen metafísico” de legitimidad. En ese sentido, son las afirmaciones de KINDHÄUSER: “Esa dimensión (la dimensión de legitimidad) (...), no es solamente un adorno redundante e idealizante, el cual decora la factibilidad del derecho con un polen metafísico, sino que, como dimensión de la perspectiva interna en el acuerdo sobre las normas, es el primer momento de integración social. Los ordenamientos sociales son en su condición de legítimos elaborados para que permanezcan, porque las simples regulaciones de conductas, que se basan en costumbres, sobre las que no se ha reflexionado, o que se basan en determinados intereses, no constituyen ningún ordenamiento. Más bien, las expectativas de conducta tienen ante todo una posibilidad empírica de confirmación, cuando ellas están fundamentadas en el acuerdo de validez razonable.” KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, op. cit., p. 41. Es de subrayar, además, que todas las caras del sistema penal represivo de un país (legislativa, ejecutiva y judicial) deben ser efectivamente justas, así como el sistema social. El sistema penal, por lo tanto, tiene que ser legítimo para obtener sus fines preventivos, sea por sus normas penales, sea por la actuación de sus agencias represivas, pues “cuanto más de cerca siga un sistema las intuiciones de justicia de la comunidad, tanto más fuerte será su credibilidad moral. Cuanto más se desvíe del merecimiento empírico y más indiferente parezca a tal desviación, tanto menor será su autoridad moral.” ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho Penal*, op. cit., pp. 192-193.

sociales y sus prácticas tienen autonomía comunicativa con el Derecho penal. La comunicación de la pena debe ser una comunicación orientada al entendimiento²¹⁴, no una comunicación estratégica, orientada al éxito²¹⁵.

En conclusión, para potencializar la función preventiva del Derecho penal, el programa estatal de conminación de penas debe tener en cuenta, como criterio protagonista, la prevención general positiva, desarrollada desde las bases de la filosofía del lenguaje, una vez que el cumplimiento y la fidelidad de los ciudadanos a las normas penales quedan facilitados cuando respetan los conceptos implícitos de justicia (razón práctica) de la comunidad que se pretende regir.

Además, es posible afirmar que, para que el sistema penal sea eficaz en su función preventiva y respetuoso de la pretensión de legitimidad que debe marcar su identidad, es imprescindible que, en la *ratio* del tratamiento penal más severo para el dolo, se tomen en cuenta dos aspectos: (i) solo es legítimo dispensar un tratamiento penal más severo para los supuestos de dolo, si en tales casos se identifica una significación contextual lingüísticamente más grave que para los casos de imprudencia y (ii) la mayor carga penal debe estar legitimada en nuestras razones prácticas de justicia.

²¹⁴ Por ello, es correcto decir que la pena debe tener la finalidad de hacer y promover la justicia, previniendo, como consecuencia, la práctica de nuevos delitos, por medio de su pretensión de legitimidad. En ese sentido, ver también: KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, op. cit., pp. 60-61.

²¹⁵ Así, también, PEÑARANDA RAMOS, que sostiene que: “La gravedad de la sanción no puede estar determinada por lo que resulte instrumentalmente necesario para obtener una obediencia a su vez estratégicamente orientada, lo que conduciría a la constatación paradójica de su insuficiencia en cada infracción efectivamente producida (y a un deslizamiento por la pendiente de una punición cada vez mayor), sino por lo que racionalmente pueda ser aceptado también como legítimo en un perspectiva intersubjetiva como expresión del desvalor del hecho.” PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Sobre la Influencia del Funcionalismo y la Teoría de Sistemas en las Actuales Concepciones de la Pena y del Delito*. En *Teoría de sistemas y derecho penal*, Gómez-Jara Díez, Carlos (org.). Granada: Ed. Comares, 2005, p. 252.

2.2. El injusto doloso como significado lingüístico más grave que el imprudente

La mejor estrategia para que el Derecho penal concrete su ideal de prevención, como se ha visto, es justamente motivar racionalmente la acción de los ciudadanos por medio de leyes que respeten los conceptos implícitos de justicia delineados por las prácticas lingüísticas de determinada sociedad²¹⁶.

Cumple pues, en ese momento, explicitar como es posible que el tratamiento penal para los injustos dolosos respete esos conceptos de forma que permita calibrar el modo de intervención penal y la intensidad de carga represiva para esa clase de injusto, armonizándolos con lo que es considerado establemente como justo.

Para llevar a cabo esa tarea, en primer lugar, es importante poner de manifiesto el carácter lingüístico-normativo de la acción y dejar claro como esa normatividad ofrece condiciones para jugar determinados juegos de lenguaje.

a) Sobre el carácter lingüístico-normativo de la acción

Para saber cómo nosotros realizamos juicios de corrección sobre nuestras acciones se debe investigar si hay algún criterio o referencia que

²¹⁶ Sobre las funciones de la norma, merece la pena transcribir lo que defienden COBO DEL ROSAL y VIVÉS ANTÓN: "(...) la función primordial de las reglas no es 'motivar' sino efectuar repartos de bienes y valores entre los miembros de la comunidad, proteger la distribución resultante y, sólo de manera subordinada, motivar a los individuos para que la respeten. De modo que también, considerando a la norma como hecho social, cabe atribuirle una doble función: una objetiva, de distribución y protección, y otra subjetiva de motivación." COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pp. 275-276.

pueda orientar el juicio sobre si algo es bueno o malo, correcto o incorrecto, más grave o menos grave.

Sobre ello se puede afirmar que nuestras acciones, así como un juego, tienen reglas constitutivas, que establecen si una determinada acción es correcta o no, si tiene sentido o no²¹⁷.

Esa fue la analogía desarrollada por WITTGENSTEIN - que tuvo amplia aceptación entre los filósofos - para explicar nuestras actividades lingüísticas. Se trata de la analogía de los juegos de lenguaje²¹⁸.

Para WITTGENSTEIN, una acción constituye, en la analogía del juego de lenguaje, un lance, como en el ajedrez. Así, las posibilidades de realizar los lances dependen de la posición de las piezas en el tablero, es decir, del contexto en que son realizadas y, para cada lance, ciertas reacciones son posibles, mientras que otras no, de acuerdo con las reglas de aludido juego²¹⁹.

De tal manera, para dar una orden a una persona, pedir una pizza, llamar un taxi, comprar un libro, conducir un auto, jugar fútbol, viajar de avión, el agente tiene que cumplir determinadas reglas establecidas lingüísticamente que disciplinan las condiciones de éxito de esos juegos de lenguaje.

Del mismo modo, los juegos de lenguaje que se establecen por medio de una la relación del hombre con la naturaleza o con lo “ontológico” también

²¹⁷ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Trad. Helena Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, pp. 225-226.

²¹⁸ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 229. Como afirma GLOCK: “El neologismo de Wittgenstein tuvo amplia aceptación, tiendo adquirido también extensiones (‘el juego de lenguaje de la ciencia’ o ‘de la religión’).” GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 229.

²¹⁹ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., pp. 225-226. Véase que las posibilidades del lenguaje son inabarcables y pueden se manifestar de innúmeras formas. El juego de lenguaje es una multiplicidad, “no es algo fijo, dado de una vez por todas: sino que nuevos tipos de lenguaje, nuevos juegos de lenguaje, como podemos decir, hacen y otros envejecen y se olvidan.” WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., §23, p. 39.

son orientados por reglas, una vez que *“la posibilidad de un juego de lenguaje está condicionada por ciertos hechos”*²²⁰.

En verdad, *“si los hechos de la naturaleza fuesen otros, nuestros juegos de lenguaje cambiarían”*²²¹. Por consiguiente, se debe tener claro que, así como hay juegos de lenguaje de destruir un bosque, de contaminar un río, que involucran una relación del hombre con la naturaleza, también hay juegos de lenguaje de matar, de lesionar, de dañar, etc., en que hay una relación interpersonal, pero que llevan, también, en cuenta las condiciones físicas del ambiente.

En consecuencia, *“lenguaje y acción se hallan ‘entretejidos’”* y *“forman un conjunto gobernado por reglas – un ‘juego’- del que el significado dimana. Y el significado no es sino el subproducto de la interpretación y aplicación de las reglas de ese ‘juego’”*²²².

Por consiguiente, la primera importante conclusión a que se puede llegar en este momento es que nuestras acciones (actividades lingüísticas), aunque puedan estar entrañadas en un trasfondo ontológico, ostentan un carácter claramente normativo, una vez que son guiadas por reglas lingüísticas²²³.

²²⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*, op. cit., § 617, p. 175. Así, también: GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 310. En mismo sentido sostiene HACKER al decir: *“La formación de conceptos depende de diversos modos de la naturaleza empírica del mundo que nos rodea y de nuestra naturaleza empírica. Esa dependencia, sin embargo, es una dependencia para el uso y la utilidad, no para la verdad y corrección.”* HACKER, P. M. S. *El enfoque antropológico y etnológico de Wittgenstein*. En *Antropología de Wittgenstein: reflexionando con P. M. S. Hacker*. Madrid: Plaza y Valdés, 2011, p. 29.

²²¹ Los hechos funcionan, así, como el telón de fondo de los juegos de lenguaje. Cf.: GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 310.

²²² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit, pp. 226-227.

²²³ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 312. Sobre las normas de acción social, HABERMAS afirma que ellas: *“tienen el sentido ‘deontológico’ de obligar a los destinatarios a seguir la regla, si bien aquí el tipo de sanciones varía con el tipo de regla (según que vulneremos normas morales o jurídicas, infrinjamus costumbres o convenciones o nos desviemos de los roles sociales asignados). Tales normas regulan las relaciones interpersonales de actores que se comunican*

Por esa razón, las reglas, implícitas y explícitas, de los juegos de lenguaje, especifican como algo puede ser hecho correctamente, es decir, como una palabra debe ser dicha, como un piano debe ser afinado. Además, las reglas lingüísticas orientan como ellas deben ser aplicadas en determinadas circunstancias²²⁴.

Aplicar una regla en determinadas circunstancias es algo que puede ser hecho correcta o incorrectamente. Es por ello que una regla, un comando o un principio solamente tienen significado normativo para las acciones en el contexto de las prácticas que determinan cómo se las aplica correctamente²²⁵.

Con eso se llega a una segunda conclusión importante. Las reglas lingüísticas establecen estándares compartidos de actividades normativas²²⁶.

entre ellos y que participan en prácticas comunes. Estas prácticas constituyen elementos inmediatos del contexto simbólico de un mundo de la vida. Al mismo tiempo están insertas en el hardware constituido por el entorno natural." HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Madrid: Taurus, 2002, p. 24. Es de subrayar, sin embargo, que el carácter normativo aquí no tiene el mismo sentido que es utilizado para caracterizar las posiciones normativas del dolo.

²²⁴ BRANDON, Robert B. *Making it Explicit*, op. cit., p. 20.

²²⁵ BRANDON, Robert B. *Making it Explicit*, op. cit., p. 20.

²²⁶ BACKER, G. P.; HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: rules, grammar and necessity*, (vol. II of an analytical commentary on the Philosophical Investigations), Essays and Exegesis of §§ 185-242. 2ª ed. Oxford; Cambridge: Basil Blackwell, 2009, p. 224. No se debe confundir, sin embargo, las normas con valores. VEGA ENCABO y GIL MARTÍN esclarecen la diferenciación realizada por HABERMAS entre normas y valores: "Mientras que las normas satisfacen expectativas de comportamiento interpersonales y generalizadas en cuanto al marco temporal, al espacio social y a la situación de la acción, los valores reflejan preferencias socioculturales compartidas intersubjetivamente. Aquéllas disponen de un código cognitivo binario de validez (correcto/incorrecto), análogo al principio de bivalencia verdadero/falso. En cambio, la validez gradual y transitiva de las configuraciones valorativas admite niveles y relaciones de preferencia, que implican que hay bienes más atractivos o preciados que otros. Por eso, de manera similar a los enunciados empíricos y teóricos y a diferencia de los valores, las normas admiten la premisa de que es posible dar con una única respuesta correcta." VEGA ENCABO, Jesús; GIL MARTÍN, Francisco Javier. *Introducción: Pragmatismo, Objetividad Normativa y Pluralismo*. El debate sobre normas y valores entre H. Putnam y J. Habermas. En PUTNAM, Hilary; HABERMAS, Jürgen. *Normas y Valores*. Madrid: Trotta, 2008, p. 25.

Eses reglas-estándares funcionan como una orientación, un guía, de cómo deben las personas actuar caso quieran jugar determinado juego de lenguaje.

Así, las reglas lingüísticas establecen cual es el camino correcto para jugar determinados juegos de lenguaje, de acuerdo con los hábitos y practicas de determinada sociedad.

Por ejemplo, en determinadas culturas orientales, es educado comer haciendo un ruido estruendoso con la boca. Eso significa buenas maneras en la mesa y denota que la persona está apreciando la comida. De otro lado, ese mismo comportamiento en una cultura occidental denota una valoración completamente opuesta, es decir, una falta de etiqueta a la mesa²²⁷.

Hay, pues, condiciones específicas de éxito para se jugar cada juego de lenguaje, que deben ser observadas en determinados contextos y culturas.

Otro punto importante, es que esa guía, ese carril, ofrecido por las reglas de los juegos de lenguaje, permite que se infieran significados futuros, como por ejemplo el resultado de una acción. Esa inferencia parte de las circunstancias del empleo adecuado de la regla hasta llegar a las consecuencias correctas derivadas de este empleo²²⁸.

²²⁷ Del mismo modo, poner el alfiler en el corazón de un muñeco vudú sabidamente no es un empleo adecuado de las reglas del juego de lenguaje del homicidio, comprendido desde el contexto cultural de nuestras comunidades occidentales. Por otro lado, efectuar disparos con una pistola contra el corazón de una persona, dar puñaladas en el pecho o ahogar alguien sí son lances adecuados para se jugar el juego del homicidio/asesinato. A ese respecto, cf.: BUSATO, Paulo César. *La tentativa del delito: análisis a partir del concepto significativo de la acción*. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 347 y ss.

²²⁸ BRANDOM, Robert B. *Articulando Razões: uma introdução ao inferencialismo*. Porto Alegre: Edipucrs, 2013, p. 77. Así, también, MOYA al decir que: “La acción humana es una habilidad que uno tiene de comprometerse con hacer cosas en el futuro (...)”, siendo que “la habilidad de uno comprometerse a hacer cosas en el futuro está implícita en la performance de la acción significativa”. MOYA, Carlos. *The Philosophy of Action: an introduction*. Oxford: Basil, 1990, p. 167.

Hasta aquí se ha expuesto como funcionan las reglas de los juegos de lenguaje, en general. Es importante, sin embargo, aclarar las relaciones que esas reglas lingüísticas tienen con las normas jurídicas.

A ese respecto, hay que afirmar que, usualmente, el legislador, para tipificar determinadas conductas, utiliza los juegos de lenguaje y sus respectivas reglas que ya constituían el repositorio habitual de juegos de lenguaje utilizados por determinada sociedad.

De tal manera, el Derecho penal normalmente no llega a constituir nuevos juegos, sino que utiliza los juegos prejurídicos ya existentes, aunque pueda, excepcionalmente, en algunos casos, efectivamente constituir nuevos juegos de lenguaje.

Sobre el tema, véase la explicación de VIVES ANTÓN:

“En efecto, que no se acepte un concepto general de acción no quiere decir, en absoluto, que los significados particulares de cada una de las acciones típicas – y, menos todavía, los de las que no lo son – queden establecidos por las normas jurídicas: matar, conducir, lesionar, falsificar, etc., etc. son acciones cuyo sentido le viene dado al derecho: es, pues, prejurídico, por más que al quedar tipificadas ese significado prejurídico pueda quedar restringido en virtud de un juicio – ese sí, valorativo – de relevancia que excluya de su ámbito las instancias inocuas.

Eso no obsta al hecho de que pueda haber acciones que, al consistir en prácticas jurídicas, no puedan ser definidas sino desde valoraciones propias del derecho (v.gr. la prevaricación).”²²⁹

Aclarado este último punto, ya es posible presentar las conclusiones parciales a que se puede llegar hasta aquí: (i) nuestras acciones son normativas, son juegos de lenguaje; (ii) estos juegos tienen reglas lingüísticas

²²⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Estudio preliminar, op. cit.*, pp. 58-59.

que establecen la corrección o no, el sentido o no, de una acción; (iii) al seguirse la regla es posible inferir el significado de nuestra acción, es decir, es posible inferir que, al cumplirla, estaremos jugando su correspondiente juego de lenguaje.

Sentado esto, se puede dar un próximo paso, con el objetivo de explicar por qué se propone, en este trabajo, que el fundamento del dolo debe estar anclado en el compromiso, lingüísticamente iluminado, de jugar determinado juego de lenguaje.

b) El compromiso lingüístico como fundamento del dolo

En nuestra vida cotidiana podemos claramente identificar muchos casos en que hay dos acciones materialmente iguales y con el mismo resultado, que, sin embargo, pueden recibir un juicio de valor y una censura claramente distintos²³⁰.

Por ejemplo, nos choca mucho más saber que la caída de un avión resultó de un atentado terrorista que si la misma queda ocurriese en virtud de un problema mecánico o por una falla humana.

Por consiguiente, es posible afirmar claramente que un mismo sustrato, puede tener significados diferentes.

Ante tal conclusión, la pregunta que surge es: ¿Por qué? ¿Qué es lo que diferencia la valoración de esos dos sustratos iguales?

La respuesta reposa precisamente en que en un caso hay compromiso del autor con el resultado significativo de su acción (v.g. en la explosión de un

²³⁰ A rigor no es posible siquiera afirmar la existencia de dos acciones iguales, una vez que las acciones no “existen”, conforme explica VIVES ANTÓN: “Si la esencia de las acciones radica en sus diversos significados, parece ineludible admitir que, por más que esos significados se expresen a través de sustratos identificables en el mundo real, quepa afirmar que las acciones, como tales, no son objetos de ese mundo y, en ese sentido, no ‘existen’.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 780.

avión por terroristas) y en el otro no hay el referido compromiso (v.g. en la caída de un avión por fallas mecánicas).

Así, es la existencia o no de un compromiso con el resultado significativo que nos hace valorar de modo distinto dos acciones materialmente iguales.

Ese compromiso con el resultado significativo es manifestado por un agente cuando realiza un lance en el juego de lenguaje de modo intencional.

En ese caso, el agente manifiesta una adhesión con relación al significado inferido de las circunstancias de su acción.

De tal manera, asumir un compromiso con una acción, en el contexto de una constelación de las prácticas inferenciales, significa implícitamente comprometerse, endosar o avalar las consecuencias de ella²³¹.

Justamente en ese sentido afirma VIVES ANTÓN:

*“Para determinar si ha habido o no un compromiso (intención) concreta, v.g., el de matar a otro, habremos de examinar las reglas de toda índole (sociales y jurídicas) que definen su acción como una acción de matar (...)”*²³²

Por consiguiente es posible afirmar que hay vías implícitas en el lenguaje que llevan a determinados resultados. Tomar intencionalmente una de estas vías es asumir un compromiso con el resultado significativo

Sobre el tema vale transcribir lo que afirma BRANDOM:

“Por esa razón, podemos entender el establecer una reivindicación como tomar un tipo particular de instancia normativa en la dirección de un

²³¹ BRANDOM, Robert B. *Articulando Razões*, op. cit., pp. 29-30.

²³² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit. p. 252.

*contenido articulado de forma inferencial. Se trata de, adherirse a ella, asumir la responsabilidad por ella, comprometerse con ella. La diferencia entre tratar algo cómo una reivindicación y tratar algo como un grito bruto, entre tratarlo como una jugada en el juego asertivo y tratarlo como un comportamiento sin propósito, está en si alguien la trata como la adopción de un compromiso adecuadamente articulado por sus relaciones consecuenciales con otros compromisos. Éstas son relaciones racionales, mediante las cuales la adopción de un compromiso obliga racionalmente que se adopten otros, relacionados con él, así como en inferencias consecuenciales. Esas relaciones articulan el contenido del compromiso o responsabilidad que alguien asume al pronunciar una oración. Al margen de este tipo de relaciones no hay tal contenido, por tanto, no hay ninguna afirmación.”*²³³.

Por consiguiente, asumir un compromiso con el resultado significativo, es asumir, es llamar para sí, la responsabilidad por él.

Es exactamente ahí, en el compromiso lingüístico, donde se puede hacer una vinculación entre la acción intencional y el resultado significativo.

Con base en ello es posible llegar a una conclusión extremadamente importante: La acción dolosa se diferencia de las demás justamente por expresar un compromiso con el resultado significativo que no existe, por ejemplo, en la acción imprudente²³⁴.

²³³ BRANDON, Robert B. *Articulando Razões*, op. cit., pp. 212-213. Aunque el autor hable de afirmación y sentencia, la idea es también perfectamente válida para las acciones en general, como también afirma BRANDON: “El éxito de acciones desempeña el mismo papel que la verdad de las afirmaciones en la medida en que concierne a la diferencia entre especificaciones de contenido de actitudes intencionales de re de re y de dicto.” BRANDON, Robert B. *Articulando Razões*, op. cit., p. 203.

²³⁴ Esa es justamente la propuesta del fundamento del dolo presentada por VIVES ANTÓN, al identificar el dolo con “el compromiso de actuar del autor” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 247. En el mismo sentido, son los partidarios de la teoría de la acción significativa, como por ejemplo: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de Empresa*, op. cit., pp. 326 y ss.; BUSATO, Paulo César. *Direito*

Ello se debe a que las acciones que alteran lo que pasa en nuestro alrededor manifestando proposiciones llenas de intención tienen significado distinto de las acciones que no son más que conductas, sin contenido proposicional²³⁵.

Por consiguiente, la conducta dolosa, al expresar un compromiso con el significado lesivo, contiene un mayor desvalor significativo²³⁶ que una conducta imprudente²³⁷.

Pero, ante tales afirmaciones, se puede cuestionar: ¿Por qué el compromiso lingüístico expresa un mayor desvalor significativo?

La respuesta parece clara. Porque el agente que es dotado de lenguaje y que conoce los juegos que ejecuta, al actuar con compromiso, se vincula con el resultado significativo que infirió de su acción, de acuerdo con las condiciones específicas de éxito del juego de lenguaje.

Penal: parte geral, op. cit., p. 411; ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLES CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal: parte general, op. cit.*, p. 291.

²³⁵ BRANDOM, Robert B. *Making it Explicit, op. cit.*, p. 08.

²³⁶ Véase que estoy empleando la expresión desvalor significativo, evitando hacer referencia a la disyuntiva desvalor de acción/desvalor de resultado, una vez que hablar solamente de desvalor de acción o solo de resultado es subrayar solamente una pieza de un gran mosaico que es el significado, aunque esa pieza (la acción o el resultado) sea una parte bastante importante del significado. Además, en los delitos de lesión, en que hay resultado, parece que este (el resultado) es indisociable de la acción y viceversa. Por ello, no creo ser posible hablar de cada uno de los desvalores aisladamente. En fin de cuentas, como afirma VIVES ANTÓN, dejando muy clara la relación gramatical entre acción y resultado: “Es (...) actuando como establecemos relaciones causales.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal, op. cit.*, p. 310. El desvalor de significado incluye, en nuestra opinión, pues, tanto la acción como el resultado.

²³⁷ Es posible, incluso, que el resultado del delito imprudente sea más grave que el doloso, como, por ejemplo, en una tentativa de asesinato y un homicidio imprudente. Incluso, en ese caso, el desvalor significativo de la acción dolosa es mayor do que de la conducta imprudente.

De tal manera, el agente que actúa con compromiso se torna responsable por los resultados derivados de su acción. El significado pasa a ser obra suya.

Totalmente distinta es la situación de una persona que no actúa con compromiso con determinado resultado lesivo, puesto que, en este caso, las reglas del juego de lenguaje realizado no permitían una inferencia, una vinculación entre acción y el resultado significativo.

En esa hipótesis, el agente puede ser responsabilizado por no atender a las reglas del juego de lenguaje que pretendía practicar, - caso tenga violado el deber de cuidado con relación a referidas reglas - pero su responsabilidad con el resultado lesivo es significativamente menos grave que aquella derivada de una acción que hubiera expresado un compromiso en relación a aludido resultado²³⁸.

El delito imprudente expresa, pues, un fracaso en la pretensión de jugar determinado juego de lenguaje, que resulta de una mala aplicación de sus reglas y genera como consecuencia un resultado delictivo.

Ya en el delito doloso hay un compromiso exitoso en relación al resultado significativo, que es inferido de las condiciones establecidas por el juego de lenguaje²³⁹.

²³⁸ Sobre el tema, véase lo que afirma GIMBERNAT ORDEIG respecto de ser el dolo un injusto o una culpabilidad más grave: *“ENGISCH (...) habla de la ‘forma de culpabilidad más grave’. Actualmente, muchos piensan que el dolo no es una forma de culpabilidad, sino un elemento de lo injusto. Ello no afecta para nada al punto de partida de ENGISCH. Pues, como con razón expone SCHEWE, Bewusstsein und Vorsatz, 1967, pp. 14-15, aunque se considere que el dolo es una ‘forma de lo injusto’, en cualquier caso será una ‘forma de lo injusto más grave’ que la ‘forma de lo injusto de la imprudencia’, dada la diferencia de pena entre hecho intencional e imprudente. Independientemente de que se atribuya el dolo a la culpabilidad o a la antijuridicidad, en cualquier caso es una forma más grave que la imprudencia.”* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 258.

²³⁹ Aunque el referido resultado significativo no sobrevenga en el caso concreto, con lo que se puede diferenciar el significado de una tentativa dolosa (v.g. tentativa de homicidio con lesiones) y de un delito imprudente, por ejemplo (v.g. lesiones imprudentes).

Para intentar dejar más clara la argumentación, vale citar el ejemplo, señalado por DÍAZ PITA, de la persona que, al salir de su despacho, se tropieza, sin querer, con compañero de trabajo, causándole dolor físico²⁴⁰.

Como se puede inferir del contexto del hecho, la pretensión, el compromiso del hombre, en el caso, era simplemente el de salir del despacho. Pero no ha sabido jugar correctamente el juego de lenguaje, una vez que - violando las reglas del juego de caminar entre las personas - no tuvo la atención debida en sus pasos y acabó tropezando en el compañero de trabajo que estaba parado.

La inferencia deducida de su acción no era la de tropezar, sino que más bien simplemente la de salir del despacho.

Diferente conclusión sería en el caso del hombre que, con el objetivo de dañar su enemigo, pisase en sus pies al salir del despacho. El compromiso, la inferencia, en este último caso, sería el contacto físico con su enemigo, siendo que el agente acabó jugando correctamente el juego respecto de lo cual había se comprometido.

Véase que sería una manifiesta injusticia punir con mayor severidad, por ejemplo, el hombre que pisó sin querer en el pie del compañero que aquel que ha pisado intencionalmente en el pie de la otra persona.

Esa constatación de una injusticia se da porque nosotros, que conocemos esos juegos de lenguaje, sabemos diferenciar los grados de gravedad, de reprochabilidad, de las dos situaciones, aunque ellas sean materialmente iguales.

²⁴⁰ Véase el ejemplo de DÍAZ PITA: "(...) la reacción de un ciudadano de a pie es distinta cuando recibe un puñetazo directo a la mandíbula tras una discusión sin trascendencia con un compañero de trabajo que cuando ese mismo compañero se tropieza con él a la salida de su despacho, causándole el mismo dolor físico. Si preguntamos a ese ciudadano por qué su reacción es menos indulgente en el primer caso que en el segundo su respuesta, seguramente, será: 'porque en el segundo caso fue sin querer'. DÍAZ PITA, María del Mar. *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*. Revista Penal n. 17. Madrid: La Ley, 2006, p. 68.

Así, punir más severamente las conductas más graves está de acuerdo con nuestras concepciones implícitas de justicia. Ello hace con que la gente se manifieste de acuerdo con la justicia de la norma, acepte que esa es una norma que merece ser cumplida.

Además, la punición que esté de acuerdo con las prácticas de justicia, normalmente, también satisface la víctima, sus familiares y las otras personas que de alguna forma están vinculadas al hecho. Con ello se vacía los sentimientos de injusticia, de venganza y de eventual comprensión de que la norma penal fue insuficiente.

Del mismo modo, la propia persona condenada reconoce – o tiende a reconocer – que la intervención del Estado no fue excesiva, no fue arbitraria o desproporcionada con la gravedad del hecho, es decir, de que la intervención fue justa.

Todos esos factores contribuyen para reforzar los sentimientos de lealtad y reconocimiento de lo ciudadanos con relación a las normas penales, lo que potencializa su función preventiva, una vez que es intuitivo, parece justo seguir la norma.

Una vez llegando a la conclusión de que el Derecho penal, para potencializar su función preventiva, debe promover su legitimidad por medio de un diálogo anclado en buenas razones y establecido de acuerdo con las formas de vida de determinada sociedad (razón práctica), nos parece obvio que el fundamento para el distinto tratamiento penal para el dolo debe guardar armonía con esas premisas.

Por consiguiente, una política criminal adecuadamente orientada hacia fines preventivos, debe reconocer el fundamento del dolo en criterios intersubjetivamente desarrollados.

Por esos motivos es que resulta evidente la necesidad de se adoptar como fundamento del dolo la existencia de un compromiso con el resultado

significativo derivado de la acción, comprendido desde los juegos de lenguaje entrañados en nuestras sociedades²⁴¹.

Las reglas de los juegos de lenguaje²⁴², como también ya se ha visto, son nuestros estándares de corrección y son formadas de acuerdo con nuestras prácticas, usos, instituciones y costumbres²⁴³, teniendo siempre los hechos contextuales como telón de fondo²⁴⁴.

²⁴¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., §199, p. 201. En ese sentido también defienden TOULMIN y JANIK: *"Se aprenden y expresan los usos estándar del lenguaje de los valores y del valor de los juicios, dentro del contexto de los problemas y situaciones de la vida real; y, ordinariamente, los hombres aprehenden lo que la faena de la 'valoración' implica – y lo que requiere de modo que esté justificada – reconociendo cómo son jugados los correspondientes juegos de lenguaje a través del interior del encuadre común de formas de vida en cuyo contexto esos hombres se desarrollan."* JANIK, Allan; TOULMIN, Stephen. *La Viena de Wittgenstein*. Madrid: Taurus, 1998, p. 336. De acuerdo con BACKER y HACKER: *"Nuestros lenguajes son la propiedad común de las comunidades, naciones y culturas. Ellos son formas compartidas de representación, constitutivas de una forma de vida común. Ellos son herencias técnicas, aplicadas y ejercitadas en incontables prácticas públicas familiares y juegos de lenguaje compartidos."* BACKER, G. P.; HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: rules, grammar and necessity*, op. cit., pp. 223-224.

²⁴² Conforme VIVES ANTÓN: *"Las reglas rigen el uso del lenguaje y el sentido de las acciones, esto es, el entramado total de los juegos de lenguaje en que se manifiesta una forma de vida: sirven, por ello, para instruir en un determinado modo de actuar, para explicar la acción, para evaluarla, para justificarla y para definirla e interpretarla. 'La relación entre una regla determinada y un acto que está de acuerdo con ella es interna o gramatical', y lo mismo cabe afirmar cuando el acto no se ajusta a una regla determinada: decimos que el acto es el que es porque lo entendemos conforme a la regla en cuestión, ora sea conforme o disconforme con ella"*. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit, p. 229.

²⁴³ Sin embargo de esa influencia del ontológico, vale recordar que, incluso el concepto de muerte, es cambiante de acuerdo con nuestros cambios sociales. En ese sentido, basta observar los apuntamientos de CARBONELL MATEU y GONZÁLES CUSSAC respecto de la muerte en el delito de homicidio: *"Actualmente y con la técnica de los trasplantes de órganos de la determinación del concepto del momento de la muerte ha adquirido una nueva y gran importancia, pues la obtención del material trasplantable requiere intervenciones muy rápidas, incompatibles con la utilización de técnicas tradicionales de asegurar el final de la vida."*

El criterio dominante y, a nuestro juicio, el más acertado es el de la cesación de la actividad cerebral. Pero, pese al acuerdo doctrinal existente, ha sido necesaria una intervención normativa para determinar cómo se comprueba que la actividad cerebral ha cesado. Es la que llevó a cabo el Anexo I al

Así, las referidas reglas lingüísticas no son simplemente impuestas por lo ontológico o por el Derecho, sino que son construidas y acumuladas con las prácticas habituales, de acuerdo con nuestras formas de vida. Lo ontológico y el Derecho, ahí sí, constituyen evidentes fuerzas de influencia en las reglas del juegos de lenguaje, pero no son necesariamente sus referentes constitutivos²⁴⁵.

Por ello, el compromiso que entraña el dolo se mantiene siempre actualizado de acuerdo con nuestros conceptos implícitos de justicia, estando, pues, en armonía con lo que es considerado justo por nuestra sociedad.

En consecuencia, una vez adoptada esa *ratio* intersubjetiva como fundamento del tratamiento penal más severo, el dolo pasa a tener un significado que está de acuerdo con los conceptos implícitos de justicia de nuestra sociedad, puesto que su contenido no es impuesto por los hechos, por el sujeto o por el Derecho, sino que, más bien, por los propios estándares acumulados en las prácticas lingüísticas.

De acuerdo con esa propuesta, no basta solamente una identificación de la acción con lo que prevé la norma, como propone, por ejemplo, JAKOBS.

Aquí hace falta mucho más, hace falta una legitimidad social, que resulta de las reglas de los juegos de lenguaje que dan sentido al compromiso que involucra el dolo.

Además, se debe tener necesariamente en cuenta que el material de trabajo del Derecho penal debe ser la acción significativa, que solo gana sentido desde una perspectiva intersubjetiva, anclada en una tradición

R. D. 2070/1999, de 30 de diciembre donde se establecen los criterios de diagnóstico de muerte que se establecerá por la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias (muerte por parada cardiorrespiratoria) o de las funciones encefálicas (muerte encefálica)." CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLES CUSSAC, José Luis. *Derecho Penal: parte especial*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 47-48. De tal manera, efectuar un disparo de arma de fuego contra una persona con "muerte encefálica", sabiendo el agente de esa situación, actualmente ya no más expresa un dolo de homicidio, como antiguamente se consideraba.

²⁴⁴ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 310.

²⁴⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Estudio preliminar*, op. cit., pp. 58-59.

lingüística. Es el *habitus* lingüístico que establece lo que fundamenta el dolo, no una decisión del Estado, impuesta desde arriba.

Por consiguiente, con la adopción de la tesis que aquí se propone, como ya hemos consignado, el dolo jamás podrá estar fundado en decisiones legislativas o judiciales *ad hoc*, puesto que no admite como *ratio* para el tratamiento penal más severo imposiciones ilegítimas, que no sean respaldadas por los conceptos implícitos de justicia de determinada sociedad, desde una perspectiva de la razón práctica.

De tal manera, la configuración del dolo se armoniza con criterios de motivación racional y está anclada en buenas razones intersubjetivamente edificadas.

Es justamente por esa razón que, para potencializar su función preventiva, debe el Derecho penal necesariamente dispensar un tratamiento más severo para las acciones consideradas intersubjetivamente más graves, es decir, las acciones que involucran un compromiso con el resultado significativo.

Por ello es que se defiende aquí que el fundamento del dolo debe ser el compromiso lingüístico con el resultado significativo.

Ahora bien, identificar cuáles son los requisitos para la configuración del dolo y los criterios para evaluar cuándo se hace presente ese compromiso con el significado establecido por el tipo penal será la difícil tarea que se tratará de llevar a cabo hasta al final de este trabajo.

Lo importante aquí es dejar bien claro que, efectivamente, las acciones dolosas merecen un tratamiento penal más severo que las acciones meramente imprudentes. Una vez que, partiéndose de esa concepción lingüística, es posible respetar las concepciones implícitas de justicia de una comunidad, ya que el significado está de acuerdo con la promoción de una pretensión de legitimidad y, por ende, potencializa un horizonte de prevención, tornando posible que el Derecho penal cumpla su promesa de protección justa de la sociedad.

Como recapitulación de la fundamentación lingüística del dolo que fue expandida anteriormente, se puede enumerar las siguientes conclusiones: (i) para potencializar la función preventiva del Derecho penal el programa estatal de conminación de penas debe tener en cuenta, como criterio protagonista, la prevención general positiva (motivación racional), desarrollada desde las bases de la filosofía del lenguaje; (ii) de acuerdo con la prevención general positiva lingüísticamente comprendida, el cumplimiento y la fidelidad de los ciudadanos a las normas penales queda facilitado cuando ellas respetan los conceptos implícitos de justicia (razón práctica) de la comunidad que se pretende regir; (iii) nuestras acciones, que son el principal material de trabajo del Derecho penal, tienen carácter lingüístico-normativo y son las reglas lingüísticas que establecen estándares compartidos de actividades normativas; (iv) las acciones en que el agente expresa un compromiso lingüístico con el resultado significativo son más graves que las acciones que no consustancian tal compromiso; (v) el fundamento del dolo debe, pues, ser el compromiso lingüístico con el resultado significativo; (vi) la identificación del compromiso se da de acuerdo con los conceptos implícitos de justicia de la comunidad; (vii) el Derecho penal debe, para potencializar su función preventiva, tratar de modo más severo las acciones consideradas intersubjetivamente más graves, es decir, las acciones que involucran un compromiso con el resultado significativo; (viii) las acciones dolosas merecen, pues, un tratamiento penal más severo que las acciones meramente imprudentes.

CAPÍTULO III

DOLO: DESARROLLOS TEÓRICOS

En el capítulo anterior se expuso el fundamento del distinto tratamiento que el Derecho penal suministra al dolo y a la imprudencia, toca ahora, en este capítulo, empezar a examinar cómo debe ser el dolo comprendido.

Para ello se promoverá una revisión sobre lo que la doctrina penal ha discutido a lo largo de la historia sobre el tema del dolo, exponiendo incluso la polémica que existe a la hora de definir cuáles habrían de ser sus elementos configuradores.

Esta explicación tiene la finalidad de exponer sistemática y evolutivamente cómo se presentan las propuestas y fundamentos de las referidas teorías.

Con ello, se buscará aportar un panorama general sobre el tema, así como apuntar algunas críticas que esos modelos han venido tradicionalmente recibiendo a lo largo del tiempo.

El enfoque expositivo se dividirá en dos grandes grupos. De un lado, las propuestas que tienen como tema central un dolo psicológico y de otro las teorías fundadas en ideas normativas.

A su vez, los referidos grupos se dividirán de acuerdo con sus rasgos más comunes. Las teorías psicológicas serán divididas entre las teorías que vinculan el dolo con un determinado estado mental (teorías psicológico-volitivas) y las teorías que tienen en cuenta como criterio de conceptualización del dolo la proyección psicológica del curso causal (teorías psicológico-representacionistas).

Por su parte, la investigación respecto de las teorías normativas será dividida entre las teorías normativo-volitivas, que mantienen como elemento del dolo tanto aspectos volitivos, cuanto cognitivos, y las teorías normativo-cognitivas, que optan por abandonar el elemento volitivo del dolo, conservando, para su caracterización, solamente el elemento cognitivo.

En suma, a título de toma de postura con respecto de la denominación de tales teorías, considerando la inexistencia de una uniformidad en la nomenclatura, se utilizará la referida división, considerándose la misma, en nuestra opinión, la designación más fiel al contenido de sus propuestas.

A la continuación, pues, se realizará el examen de cada una de esas teorías.

1. EL DOLO PSICOLÓGICO

En el capítulo acerca de las raíces históricas del dolo se indicó que en su origen, en el Derecho romano, el dolo estaba asociado a la idea de *dolus malus* y que, posteriormente, en las proposiciones de los glosadores y posglosadores se desarrolló una corriente objetivadora del dolo, que propugnaba, incluso, presunciones acerca del mismo.

Al fin de ese período histórico, se vio que FEUERBACH acabó rompiendo el paradigma objetivista de los posglosadores y, por tanto, reabrió el camino a propuestas que identificaban el dolo con alguna clase de proceso psíquico²⁴⁶.

Con ese verdadero giro psicológico, empezaron a florecer nuevas teorías con el objetivo de identificar cuál es el estado mental más adecuado para la conceptualización del dolo.

²⁴⁶ A ese respecto, cf.: capítulo I, 1.3.

Por ello, en este apartado, el objetivo es justamente examinar el resultado derivado del giro psicológico operado por las teorías del dolo, consustanciado por las teorías psicológicas.

Ese nuevo paradigma del dolo puede ser identificado por dos movimientos distintos. El primero, está marcado por la identificación del dolo con un determinado estado mental (teorías psicológico-volitivas), mientras que el segundo se caracteriza por la identificación del dolo con una determinada proyección psicológica del curso causal hecha por el autor del delito (teorías psicológico-representacionistas).

Son esas dos perspectivas que vamos a estudiar a continuación.

1.1. Dolo y Estado Mental

Las primeras propuestas de raíz psicológica, que intentaban explicar el dolo, partían de la premisa de que él debería dividirse en dos partes, una cognitiva y otra volitiva.

Las propuestas que adoptaron esa división, las teorías psicológicas²⁴⁷, identificaban, en sus primeros desarrollos, esos dos elementos con

²⁴⁷ GRECO describe así las referidas teorías, que denomina de teorías volitivas: *“La definición de dolo actualmente acepta por la generalidad de los buenos manuales es la de ‘conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo’. De acuerdo con ese entendimiento, el dolo tendría un doble contenido psicológico, un componente cognitivo y otro volitivo. El primer de ellos significa que en la cabeza del autor contendría algo como una fotografía interna de la realidad, un tipo de imagen de cómo el mundo se encuentra en el momento de la acción y de cómo se encontrará después de ella. Además de ese componente cognitivo, dolo presupondría voluntad en un sentido psicológico, una toma de postura del autor frente de esa fotografía interna o imagen mental. (...) Este grupo de posturas dualistas, que exige conocimiento y voluntad para la configuración del dolo, es el de las llamadas teorías volitivas.”* GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. En *Liber Amicorum* de José de Sousa Brito em comemoração do 70º Aniversário. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 888-889.

determinados datos psíquicos²⁴⁸, es decir, el dolo era visto como “la imagen refleja subjetiva del tipo objetivo”²⁴⁹.

Pese a ese pequeño consenso, las teorías psicológicas fueron marcadas por una serie de discusiones sobre el contenido de esos dos elementos, lo que ocasionó divergencias internas a ese respecto, llevando a que las referidas teorías fueran, poco a poco, sufriendo una serie de matizaciones, que dieron lugar a que se pudiesen dividir, básicamente, en dos grandes corrientes teóricas antagónicas²⁵⁰: Las teorías de la voluntad (psicológico-volitivas) y las teorías de la representación (psicológico-representacionistas)²⁵¹.

Las teorías psicológico-volitivas tenían como característica principal centrar su atención en un determinado estado mental del agente, normalmente vinculado a la idea de voluntad, mientras que las teorías psicológico-representacionistas buscaban la identificación de una especial relación psicológica del autor con el curso causal resultante de su acción²⁵².

Acerca de las teorías psicológico-volitivas y sus matizaciones es que se centrará nuestra atención a continuación.

²⁴⁸ ROXIN, Claus. *Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo*, op. cit. p. 169.

²⁴⁹ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: parte general*. Actualizada por Heinz Zipf; trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1994, p. 143.

²⁵⁰ Cf.: ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho Penal: cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*. Trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Ed. Colex, 1995, pp. 160-166.

²⁵¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*, op. cit., p. 430. Además, esas teorías son “las primeras auténticas teorías del dolo eventual”, es decir, fueran las primeras teorías a “intentar a ofrecer una fundamentación dogmática a la decisión político criminal de ampliar el ámbito del dolo más allá de la intención, más allá incluso de la previsión de consecuencias necesarias”. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, op. cit., p. 175.

²⁵² ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*, op. cit., p. 430. Cf. también: ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho Penal*, op. cit., p. 160.

a) Dolo como voluntad

La teoría pura de la voluntad²⁵³, cuyo fundador fue von HIPPEL, propugnaba que el querer era el principal criterio identificador del dolo, partiendo, así, de la *“oposición contradictoria entre querido y no-querido”* como forma de evaluar si la conducta es dolosa o imprudente²⁵⁴.

Von HIPPEL sostenía que: *“hay dolo cuando el respectivo resultado fue querido”*²⁵⁵, siendo que:

*“Querido, y por lo tanto causado dolosamente, es el resultado antijurídico previsto de la acción, cuando la esperanza en su realización no era crucial (principal motivo) para la realización de la conducta. Pertenecen al ámbito del dolo los casos: 1) aspirados como deseados; 2) pensados con ellos como una ligación necesaria; 3) que a los autores es indiferente el resultado antijurídico; 4) como el ultimo grupo de casos los que el autor no deseaba el resultado, aunque lo tenga previsto como posible, actuó en lugar de renunciar a sus intereses”*²⁵⁶.

En consecuencia, para von HIPPEL, la expresión querer incluye en su significado también los supuestos de dolo directo de segundo grado y de dolo eventual, pues defendía que la expresión querer puede, también, incluir en su significado las consecuencias indiferentes (*gleichgültige*) y desagradables

²⁵³ Aunque no sea usual denominar teoría pura de la voluntad, tal adjetivación parece importante para diferenciar esa teoría de las otras teorías derivadas de la teoría de la voluntad.

²⁵⁴ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., p. 33.

²⁵⁵ HIPPEL, Robert von. *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Leipzig: Hirzel, 1903, p. 133.

²⁵⁶ HIPPEL, Robert von. *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, op. cit., pp. 140-141.

(*unangenehme*), puesto que son co-queridas (*mitgewollt*) con el resultado deseado²⁵⁷.

Específicamente para el dolo eventual, von HIPPEL establece que el resultado es co-querido para el autor cuando se hacen presentes consecuencias que: “a) desde un punto de vista objetivo, no están ligadas necesariamente al resultado perseguido; b) el autor se ha representado sólo como posibles; y c) para el autor resultan indiferentes o incluso desagradables”²⁵⁸.

Esa teoría exige, por tanto, la presencia de un específico estado mental para la caracterización del dolo, es decir, la voluntad, pero no la voluntad genérica de acción, sino que, más bien, la voluntad de realizar los elementos objetivos de tipo penal²⁵⁹.

En consecuencia, se puede decir que, entre los dos elementos del dolo (conciencia y voluntad), la teoría de la voluntad pone el acento de su delimitación en el aspecto volitivo²⁶⁰.

Además, establece que la voluntad también debe ser utilizada como criterio para la identificación del dolo eventual, aunque una voluntad disminuida o delimitada, manifestada por un el resultado co-querido por el agente²⁶¹.

En otras palabras, la diferencia entre los casos de dolo directo y eventual se establece de acuerdo con los distintos grados o intensidades de la voluntad²⁶², que sirve, por tanto, como parámetro para diferenciar las distintas clases del dolo.

La crítica dirigida en contra la teoría pura de la voluntad sostiene que la misma promueve un uso contradictorio para la palabra querer, una vez que, en lo que se refiere al concepto de dolo directo, parte de un concepto

²⁵⁷ HIPPEL, Robert von. *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 108.

²⁵⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, op. cit., p. 180.

²⁵⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, op. cit., p. 411.

²⁶⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*, op. cit., p. 430.

²⁶¹ ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho Penal*, op. cit., p. 160.

²⁶² ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho Penal*, op. cit., p. 160.

cotidiano del querer²⁶³, comprendido como un elemento descriptivo-psicológico. Ya con relación a la identificación del dolo eventual, la expresión voluntad no es empleada de acuerdo con su significado habitual, sino que como algo distinto, que solo ficticiamente puede ser considerado como voluntad²⁶⁴.

De tal manera, el empleo ambiguo de la palabra querer²⁶⁵ fue uno de los puntos débiles de la teoría pura de la voluntad y que llevó a la búsqueda de nuevas propuestas, aunque similares, para definir el dolo sin incurrir en tales defectos.

b) Dolo como consentimiento o aprobación

Una de esas perspectivas oriundas de la teoría de la voluntad, fue la teoría del consentimiento o aprobación, que centró sus objetivos en resolver los problemas específicos del dolo eventual²⁶⁶, puesto que, en el tema dolo directo, mantenía la propuesta de la teoría pura de la voluntad, que define el dolo como el querer la realización del resultado lesivo.

Sus defensores sostenían que el dolo eventual, así como el directo, presupone también la existencia de un elemento volitivo, una vez que es justamente ese el criterio diferenciador entre dolo e imprudencia consciente²⁶⁷.

Entre tanto, en el caso del dolo eventual, el querer es distinto del dolo directo, pues la voluntad es menos intensa, ya que *“el sujeto no desea ni pretende precisamente realizar el tipo y tampoco está seguro de si se producirá o no;*

²⁶³ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., p. 33.

²⁶⁴ Así, también, sostienen ESER y BURKHARDT: *“(…) esta teoría estaría obligada a deformar o a recurrir a una ficción abierta del concepto de la voluntad.”* ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho Penal*, op. cit., p. 164.

²⁶⁵ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., pp. 31-32.

²⁶⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*, op. cit., p. 430.

²⁶⁷ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, op. cit., p. 419.

pero, planteándose la eventualidad de que se produzca el hecho típico, consiente en ella” ²⁶⁸.

De tal manera, para la teoría de la aprobación, es posible afirmar la existencia del dolo eventual cuando el agente aprueba internamente, en un sentido psicológico, el resultado previsto.

Esa propuesta, entre tanto, tuvo dificultades para demostrar efectivamente la existencia del referido consentimiento.

Es por ello, por lo que FRANK intentó desarrollar métodos e indicios con el fin de auxiliar la comprobación del consentimiento del autor con relación al resultado previsto²⁶⁹.

Su primera tentativa fue materializada en una propuesta – que pasó a ser conocida como la primera fórmula de FRANK – que establecía el siguiente criterio:

“La previsión de la realización del resultado como posible sólo sirve para el concepto de dolo cuando, la previsión del resultado como seguro, no habría detenido al autor, no habría tenido el significado de un contramotivo decisivo” ²⁷⁰.

²⁶⁸ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, op. cit., p. 419.

²⁶⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, op. cit., p. 420.

²⁷⁰ FRANK, Reinhard. *Vorstellung und Wille in der Moderne Doluslehre*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Berlin, 10 (1890), p. 221. Véase que FRANK afirma que esa previsión es llamada “por aquí y por allá” de “consentimiento” (FRANK, Reinhard. *Vorstellung und Wille in der Moderne Doluslehre*, op. cit., p. 221). Pero “[a]unque habitualmente se denomina a esta fórmula de ‘teoría del consentimiento’, Frank se ocupó de aclarar que con ella no se pretendía trazar un nexo entre la voluntad y el resultado, sino establecer bajo qué condiciones la representación del resultado posible adquiriría la gravedad propia del delito doloso”. LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*, op. cit., p. 154. Sin embargo de esa explicación de FRANK, la mayoría de los penalistas sostenían que, en verdad, su propuesta se encuadraba sí en la teoría de la voluntad (aprobación o consentimiento) y no en la teoría de la representación. Cf.: Von HIPPEL, Robert. *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 112. Con la misma opinión, MEZGER afirmó que: “En realidad, cuando, en aquel respecto, los

Esa propuesta pretendía instituir un parámetro práctico para identificar el contenido del dolo eventual, pues, como afirmó FRANK, “la prueba de fuego para una teoría jurídica será siempre su utilidad práctica.”²⁷¹

Entretanto, su primera fórmula recibió críticas y objeciones, principalmente referidas al carácter hipotético e irreal de tal propuesta²⁷², lo que llevó a FRANK a desarrollar una segunda fórmula, estableciendo que solo hay dolo eventual cuando el autor hubiera pensado lo siguiente: “sea de una forma u otra, pase esto o lo otro, yo actúo en todo caso (...)”²⁷³.

Al contrario de la primera, esa segunda fórmula de FRANK tuvo un gran éxito²⁷⁴, siendo que la teoría del consentimiento o aprobación se tornó,

defensores más destacados de la teoría de la representación, FRANK y v. LISZT, hablan de ‘consentimiento, aprobación, acuerdo’ (FRANK, §59, V) y de ‘no haber rechazado’ (v. LISZT, Lehrb. 20ª edición, 1914, página 178), se reconocen partidarios, en el momento decisivo y en amplia extensión, de la teoría de la voluntad.” MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de la 2ª ed. Alemana. Vol. II. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1957, p. 108. Por consiguiente, nos parece más adecuado situar sus fórmulas en la teoría de la aprobación, especialmente por el hecho de que, el contenido de su segunda fórmula, expresa de modo bastante claro su filiación a esta última teoría. Cf.: FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. Tübingen: Mohr, 1931, §59, p. 190. En ese sentido, también, cf.: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., pp. 62-66.

²⁷¹ FRANK, Reinhard. *Vorstellung und Wille in der Moderne Doluslehre*, op. cit., p. 223.

²⁷² De acuerdo con RAGUÉS I VALLÈS se criticó la primera fórmula de FRANK pues ella no fundamentaba “la existencia del dolo en un caso real, sino en una mera hipótesis: cómo habría actuado el sujeto en caso de saber con certeza que se iba a producir el resultado.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 64. Referido autor indica, además, los críticos a la época de esa teoría: “Ya en ese sentido, von Bar, ZStW, 18 (1898), p. 550: ‘el fundamento de la decisión es únicamente que el fumador es buena persona y el bandido mala’. LACMANN, ‘Über die Abgrenzungen des Vorsatzbegriffes’, GA, 1911, p. 118, afirma que la fórmula en cuestión conlleva ‘que la acción no se juzgue según su concreto fundamento psíquico, sino según el carácter del autor’. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 193, afirma que la primera fórmula de Frank supone un peligro para el Derecho y la justicia.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 64.

²⁷³ FRANK, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit., §59, p. 190.

²⁷⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 64.

incluso, una de las teorías que gozo de más prestigio entre los penalistas, especialmente en la jurisprudencia del *Reichsgericht*²⁷⁵ y por mucho tiempo fue la teoría dominante en España y Alemania²⁷⁶.

Sin embargo, la propuesta mantuvo las ambigüedades conceptuales de la teoría pura de la voluntad²⁷⁷, pues esa aprobación, al fin y al cabo, termina padeciendo del mismo problema de intentar definir todas las clases de dolo bajo un denominador común, consistente en un simple dato psíquico²⁷⁸, acabando por propugnar, al mismo tiempo, un concepto psicológico de voluntad para el dolo directo y un concepto normativo para el dolo eventual, es decir, un concepto usual y otro ficticio del elemento volitivo²⁷⁹.

En consecuencia, la dificultad de distinguir esas dos versiones del concepto de querer, lleva al mismo problema ya identificado en la teoría pura de la voluntad, no representando, pues, una contribución efectiva para la solución del problema planteado.

²⁷⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 430.

²⁷⁶ Véase que, en 1990, GIMBERNAT ORDEIG afirmaba tratarse de la teoría dominante, indicando, también, varios otros autores con esa misma opinión. Cf.: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal, op. cit.*, p. 246.

²⁷⁷ Conforme bien afirma RAGUÉS I VALLÈS, con relación al problema del duplo sentido de la palabra voluntad: “*Para salvar este problema, a los partidarios de la teoría de la voluntad no les queda otro remedio que recurrir a ampliaciones del concepto ‘querer’, admitiendo que también quiere el sujeto que, además de representarse como posible la realización del tipo, mantiene una ‘especial relación emocional’ con el resultado o demás circunstancias de hecho que deban abarcarse dolosamente.*” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal, op. cit.*, p. 61

²⁷⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual, op. cit.*, pp. 291-292. En ese sentido, también, la crítica de GIMBERNAT ORDEIG: “*La teoría del consentimiento, para funcionar, exige que se pruebe un hecho que no se ha dado en la realidad: no es que sea difícil probar lo acaecido, es que se quiere probar lo que no ha acaecido.*” GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal, op. cit.*, p. 252.

²⁷⁹ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa, op. cit.*, p. 37.

c) Dolo como indiferencia

Un nuevo intento de perfeccionar la teoría de la voluntad, emprendido con el objetivo de también solucionar el problema específico del dolo eventual, una vez que el concepto de dolo directo no era visto como problemático por esas teorías, fue emprendido por la teoría de la indiferencia, desarrollada por ENGISCH.

El referido autor propugnó que el criterio definidor del elemento volitivo en el dolo eventual era la indiferencia del agente en relación a la realización del tipo penal²⁸⁰.

Así, concluyó que la voluntad no es un requisito necesario para todas las formas de dolo²⁸¹, llegando a afirmar que la premisa adoptada por la teoría de la voluntad de que *“el querer es necesario para una culpabilidad más severa es, en verdad, un prejuicio.”*²⁸²

Por tanto, ENGISCH afirmaba que el dolo podía se manifestar de las siguientes maneras:

*“Hay dolo cuando la realización del tipo es pretendida; cuando ella es reconocida como cierta o altamente probable en consecuencia de su propio comportamiento o del resultado buscado; y cuando el resultado - aunque apenas reconocido como posible o simplemente probable consecuencia de la conducta o de lo pretendido - es indiferente al agente”*²⁸³.

²⁸⁰ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, op. cit., p. 188.

²⁸¹ BACIGALUPO, Enrique. *Teoría y práctica del Derecho Penal*, tomo I. Madrid: Marcial Pons, Inst. Univ. de Investigación Ortega y Gasset, 2009, p. 536.

²⁸² ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, op. cit., p. 222.

²⁸³ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, op. cit., pp. 219-220.

Por consiguiente, la propuesta de ENGISCH consiste simplemente en cambiar el requisito de la voluntad – que no existe en el dolo eventual - por la indiferencia.

Desde luego, es posible afirmar que la teoría de la indiferencia se equivoca al afirmar que *“la falta de indiferencia, en el sentido del carácter no deseado del resultado, excluye siempre el dolo”*²⁸⁴, ya que, como bien asevera ROXIN, *“uno no se puede exonerar de las consecuencias de su actuación conscientemente incluidas en el cálculo mediante meras esperanzas en las que ni uno mismo confía.”*²⁸⁵.

Así, la indiferencia - aunque en algunos casos efectivamente resulte como indicio de la presencia del dolo²⁸⁶ - no puede ser elegida como criterio tajante para diferenciación entre dolo eventual e imprudencia, ya que, como hemos visto, confunde deseo con dolo, así como *“adolece de no ser en absoluto claro lo que significa ‘indiferencia’”*²⁸⁷.

Además, como bien afirma RAGUÈS I VALLÈS, la teoría de ENGISCH fue criticada, entre otras cosas, por:

*“(…) haber creado un concepto de dolo eventual basado en un mero estado anímico del sujeto y por haber utilizado una expresión como ‘indiferencia’, que parece igualmente válida para caracterizar a los autores imprudentes. Sin embargo, el principal problema de la teoría de la indiferencia probablemente sea que ya no resulta conjugable con una definición global de dolo, pues si algo hay distinto a querer un resultado es mostrarse indiferente ante su acaecimiento.”*²⁸⁸

²⁸⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 432.

²⁸⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 432.

²⁸⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 432.

²⁸⁷ ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho Penal, op. cit.*, p. 163.

²⁸⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal, op. cit.*, p. 78.

La teoría de la indiferencia, además de proponer un simple cambio de estado mental (voluntad por indiferencia), tiene problemas conceptuales al vincular el concepto de dolo eventual a meros deseos y gustos del agente, así como al emplear conceptos antagónicos de dolo directo y dolo eventual (voluntad *versus* indiferencia), una vez que el querer que caracteriza el dolo directo es diametralmente opuesto a la idea de indiferencia, utilizada para conceptualizar el dolo eventual.

d) Dolo como voluntad de evitación

El intento de superar los problemas de la teoría pura de la voluntad, también, llevaron KAUFMANN a desarrollar una propuesta propia para la teoría del dolo. Se trata de la denominada teoría de la evitación²⁸⁹.

Esa propuesta defendió la adopción de una teoría unitaria del dolo, es decir, propugnó la utilización de un criterio identificador único para la caracterización tanto del dolo directo cuanto del eventual²⁹⁰.

Así, su teoría mantenía que, para investigar la existencia del dolo, se debe averiguar si *“la voluntad de realización del autor fue dirigida precisamente a no dejar producir la consecuencia accesoria tenida en cuenta como posible, esto es, dirigida más bien a impedirlo.”*²⁹¹

Como justificativa para esa propuesta, afirma que:

²⁸⁹ Aunque ROXIN sitúe esa teoría *“fuera del (aparente) dualismo de la teoría de la voluntad y la de la representación”* (ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 436), no hay dudas que la propuesta de KAUFMANN puede ser clasificada como tributaria de la teoría de la voluntad, una vez que utiliza una derivación del criterio de la voluntad, es decir, la voluntad de evitación, para la caracterización del dolo. Véase que la origen de la teoría de la voluntad de evitación puede ser identificada en: MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 161.

²⁹⁰ KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la Estructura del Delito*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XIII, fasc. I, Enero a Marzo de 2008. Madrid: 1960, p. 193.

²⁹¹ KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la Estructura del Delito, op. cit.*, p. 194.

*“(...) la voluntad de realización no puede estar dirigida, por una parte, a dejar producir el resultado reconocido como posible, y por otra, sin embargo, tender también, mediante la forma de obrar, a evitar precisamente el resultado.”*²⁹²

En consecuencia, de acuerdo con esa teoría, es justamente la ausencia de voluntad de evitación del resultado – o mejor, la ausencia de voluntad de realización dirigida a la evitación del resultado – lo que debe ser el criterio identificador del dolo. En otras palabras, estando presente la voluntad de evitación, no hay dolo²⁹³.

KAUFMANN sostuvo, además, que la voluntad de evitación excluiría el dolo tanto cuando estuviese dirigida en contra la realización de las consecuencias principales de la acción, cuanto en contra las consecuencias accesorias²⁹⁴.

En adición, argumentó que la voluntad de evitación no hace depender el dolo del “sentimiento”, de la “actitud”, ni siquiera de la “representación” del agente, una vez que se trata de un parámetro objetivo, pues esa voluntad tiene que ser una “voluntad dirigente que se manifieste en el acontecer externo”²⁹⁵.

Como valoración crítica, se puede decir que el criterio propuesto por KAUFFMANN es un poco confuso, una vez que, en último término, defiende que, para la exclusión del dolo, habrá de concurrir una voluntad de evitación del resultado.

Lo que pasa es que, en los supuestos de imprudencia inconsciente, no hay propiamente una voluntad de evitación por parte del autor, ya que éste ni siquiera plantea la realización del resultado lesivo.

²⁹² KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la Estructura del Delito*, op. cit., p. 194.

²⁹³ KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la Estructura del Delito*, op. cit., p. 194.

²⁹⁴ KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la Estructura del Delito*, op. cit., p. 195.

²⁹⁵ KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la Estructura del Delito*, op. cit., pp. 196-197.

Eso lleva a la equiparación entre los casos de imprudencia inconsciente con los casos de dolo, ya que, en ambos supuestos, se carece de una voluntad de evitación.

En ese mismo sentido, es la crítica de ROXIN:

*"(...) por un lado, la negligencia o ligereza humana tiende con no poca frecuencia a confiar en la propia buena estrella también sin aplicar especiales medidas de precaución (¡piénsese en el caso en que se tira la colilla del cigarrillo al rojo en un paraje con peligro de incendio!), y, por otro lado, los esfuerzos de evitación tampoco pueden excluir el dolo cuando ni el propio sujeto confía en su éxito y continúa actuando a pesar de ello."*²⁹⁶

Por lo tanto, la propuesta de KAUFMANN acaba por expandir demasiado el alcance del dolo, que abarcaría, también, los casos de imprudencia inconsciente, una vez que la desatención, por ejemplo, llevaría a una responsabilización dolosa, puesto que ausente la voluntad de evitación²⁹⁷.

Además, otra crítica que se dirige en contra de la teoría de KAUFMANN es que la voluntad de evitación puede resultar no de una actitud de protección al los bienes jurídicos, sino que más bien de *"un cálculo estratégico-criminal"*, una especie de manipulación astuta con el objetivo de escaparse de la responsabilización a título de dolo²⁹⁸. Es decir, la acción de evitación puede ser solamente un intento de disfrazar el verdadero intento del autor, que era, desde el principio, la intención de lesionar el bien jurídico ajeno.

²⁹⁶ Cf.: ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 437.

²⁹⁷ Así también RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal, op. cit.*, pp. 110-112.

²⁹⁸ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad, op. cit.*, p. 66. Respecto de esa y otras críticas en contra la tesis de KAUFMANN, cf.: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad, op. cit.*, pp. 65-68

Así, al contrario de esclarecer y establecer criterios seguros para la identificación del dolo, la teoría de la voluntad de evitación acaba tornando todavía más borrosas las fronteras entre dolo e imprudencia inconsciente²⁹⁹, lo que resulta poco provechoso para la evolución de la teoría del dolo.

e) Dolo como tomarse en serio el resultado

Otra propuesta, con gran vinculación a la teoría de la voluntad, fue la ofrecida por la denominada teoría del tomarse en serio (*Ernstnahmetheorie*), que propugnó un nuevo plan para la solución de los problemas identificados en las demás teorías de corte volitivo.

La alternativa ofrecida por esta teoría era la de cambiar la estrategia que venía siendo llevada a cabo por las teorías precedentes, que centraban su interés en la definición especialmente del dolo eventual.

La idea de la teoría del tomarse en serio era buscar otra senda, consistente en la definición de lo que caracterizaba el delito imprudente - y no el delito doloso -, por medio de la identificación de la imprudencia con el concepto de temeridad³⁰⁰.

Esa teoría, que es la dominante actualmente en Alemania³⁰¹, defiende que solamente se puede hablar de dolo si el autor, al actuar, ha considerado seriamente que el resultado delictivo se concretizaría. Por eso, solo hay dolo cuando el agente toma en serio la posibilidad del resultado lesivo³⁰².

Por otro lado, en caso de que el agente haya confiado en la no producción del resultado lesivo, aunque por medio de un juicio temerario, su

²⁹⁹ Por ese motivo que muchos autores tienen utilizado “la voluntad de evitación”, no como un parámetro tajante para la diferenciación entre dolo e imprudencia, sino que más bien simplemente como más uno criterio para constatación del dolo. Cf.: ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, op. cit., p. 437.

³⁰⁰ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., pp. 55-56.

³⁰¹ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., p. 55.

³⁰² STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal, parte general, I*, op. cit., p. 167.

responsabilidad se limitaría a una eventual imputación a título de imprudencia³⁰³.

En ese caso, aunque el agente reconozca el peligro de la producción del hecho lesivo, y asimismo “*excluye de su conciencia la representación de un resultado desfavorable*”, confiando en que todo saldrá bien, no se estará delante una conducta dolosa³⁰⁴.

El gran problema de esa teoría es conceder un tratamiento penal más beneficioso a los agentes que tengan menor consideración a los bienes jurídicos ajenos, pues aquellos que no tomen en serio la posibilidad de lesionar terceros, aunque objetivamente haya indicios recomendando esa sensatez, serían beneficiados con eventual responsabilidad a título de imprudencia, mientras que las personas más preocupadas y que efectivamente hayan tomado en serio ese peligro responderían a título de dolo³⁰⁵.

Además, la propuesta acepta como causas legítimas para rechazar el dolo: (i) la confianza, aunque irracional, del autor en que todo saldría bien; (ii) el optimismo, sin fundamentos, de la capacidad del autor en no causar el resultado y (iii) la simple creencia del agente en su suerte, aunque sin motivos para eso³⁰⁶.

Como se puede ver, esa propuesta pone todo el poder de decisión con respecto al carácter doloso de una conducta en las manos de su agente, lo que acaba por quitar a los jueces cualquier criterio para evaluar la existencia del

³⁰³ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal, parte general, I, op. cit.*, p. 167.

³⁰⁴ SCHRÖDER, Horst. *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*. En *Festschrift für Wilhelm Sauer*. Berlin: De Gruyter, 1949, p. 237.

³⁰⁵ Véase, también, en ese mismo sentido crítico: HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*. *Juristische Schulung (JuS)* 1986, p. 252; PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa, op. cit.*, pp. 56-62.

³⁰⁶ Cf.: HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, op. cit.*, p. 252; PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa, op. cit.*, pp. 56-62.

dolo, que no sea la palabra del autor, además de tratar de modo más benéfico las personas que tengan mayor desprecio a los bienes jurídicos ajenos³⁰⁷.

1.2. Dolo y proyección psicológica del curso causal

En contraposición a las teorías psicológico-volitivas, aunque no tan significativas ³⁰⁸, aparecen las propuestas de las teorías psicológico-representacionistas, que también buscan dar una respuesta más satisfactoria a los problemas del dolo, especialmente para los casos de dolo eventual³⁰⁹.

Los primeros que defendieron la teoría de la representación (psicológico-representacionistas) fueron BEKKER³¹⁰, LUCAS³¹¹ y FRANK³¹², que posteriormente fueron seguidos por von HIPPEL³¹³.

Las teorías psicológico-representacionistas, contrariamente a lo defendido por las teorías psicológico-volitivas, proponen que la definición del dolo asiente su centro de gravedad en el elemento cognitivo, no en el

³⁰⁷ Como bien afirma SCHMIDHÄUSER, esa propuesta importa en un tratamiento injusto en contra los que piensan o reflejen más en las consecuencias de sus actos. Cf.: SCHMIDHÄUSER, Eberhardt. *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat* ("dolus eventuales" und bewußte Fahrlässigkeit), Juristische Schulung (JuS), 1980, p. 250.

³⁰⁸ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: parte general*, op. cit., p. 382.

³⁰⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, op. cit., p. 422.

³¹⁰ De acuerdo con von HIPPEL, BEKKER, en su *Theorie des Strafrechts*, "opone fuertemente la acción (movimiento corporal) al resultado (como la suma de todos los otros cambios en el mundo exterior) y afirma que: la voluntad es la única causa del movimiento corporal, pero sólo una de las causas del resultado. Así, el resultado no es nunca un puro producto de la voluntad." von HIPPEL, Robert. *Vorsatz und Fahrlässigkeit: eine dogmatische Studie*. Leipzig: Verlag von S. Hirzel, 1903, p. 16.

³¹¹ LUCAS, Hermann. *Die Subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*. Berlin: v. Decker, 1883.

³¹² FRANK afirma que ALMENDINGEN fue el "verdadero científico fundador de la teoría de la representación". FRANK, Reinhard. *Vorstellung und Wille in der Moderne Doluslehre*, op. cit., p. 177.

³¹³ Cf.: von HIPPEL, Robert. *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 04.

volitivo³¹⁴, una vez que buscan una especial relación entre el conocimiento del autor y la proyección del nexo causal derivado de su acción.

Las referidas teorías son divididas en dos grupos distintos. La teoría de la representación de la posibilidad y de la representación de la probabilidad, conforme se verá a continuación.

a) Dolo como representación de la posibilidad

La teoría de la representación de la posibilidad parte de una propuesta que busca caracterizar el dolo por medio de la identificación de una especial relación entre el dolo y una proyección psicológica del curso causal, en que se tiene como suficiente la simple representación, por parte del autor, de la posibilidad de concretización del resultado previsto en el tipo penal³¹⁵.

De acuerdo con von LISZT, uno de los grandes penalistas adscritos a la teoría de la representación, el dolo se define por la *“representación, no por la volición del resultado”*³¹⁶, siendo que, conforme sostiene WOLFF, para la caracterización del dolo es suficiente *“la valoración del resultado como simple posibilidad, pudiendo esa posibilidad incluso ser baja.”*³¹⁷

SCHRÖDER, uno de los principales defensores de esa teoría, argumenta que la norma penal, en los delitos de lesión, además de promover una prohibición de lesión, establece, también, una prohibición de riesgo, una

³¹⁴ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: parte general, op. cit.*, p. 382. Hay autores, como HASSEMER, que llegan a denominar las referidas teorías de cognitivas. Cf.: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad, op. cit.*, p. 74. No obstante, nos parece que esas teorías no llegan a rechazar abiertamente la existencia del elemento volitivo, como lo hacen las teorías por nosotros clasificadas como cognitivas. Por esa razón, elegimos mantener las teorías de la representación en la clase de las teorías volitivas.

³¹⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, Parte General I, op. cit.*, pp. 421-422.

³¹⁶ LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 410.

³¹⁷ WOLFF, Karl. *Verbotenes Verhalten*. Wien; Leipzig: Freytag, 1923, p. 214

vez que el riesgo, aunque bastante remoto, significa la posibilidad de lesiones. Por consiguiente, la simple *“transgresión de esta prohibición implica el dolo”*³¹⁸.

La propuesta de SCHRÖDER es así sintetizada por DÍAZ PITA:

*“Si el sujeto es consciente de la certeza de la producción del resultado, estaremos ante un caso de dolo directo; si, por el contrario, el sujeto únicamente es consciente de que el resultado posiblemente se va a producir y el resultado se produce, se le imputará a título de dolo eventual. En el ámbito del dolo se incluyen, pues, todas aquellas situaciones en las que el sujeto es consciente de la posible lesión de un bien jurídico y, aceptando este riesgo de lesión y a pesar de él, actúa.”*³¹⁹

Una importante consecuencia resultante de la adopción de la teoría de la posibilidad es el rechazo a la existencia de imprudencia consciente, ya que, para sus defensores, *“toda imprudencia es imprudencia inconsciente”*, pues solamente con esa postura es posible ofrecer satisfactoriamente una distinción *“clara y objetiva”* entre dolo e imprudencia³²⁰.

De tal manera, como señala PÉREZ BARBERÁ, para la teoría de la posibilidad:

*“(…) dolo es (sólo) conocimiento e imprudencia falta de conocimiento (o error) respecto de la realización del tipo. ‘Conocer’, por su parte, es tener concretamente posible la realización del tipo.”*³²¹

³¹⁸ SCHRÖDER, Horst. *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, op. cit., pp. 226-227.

³¹⁹ DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*, op. cit., p. 94.

³²⁰ SCHRÖDER, Horst. *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, op. cit., p. 245.

³²¹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, op. cit., pp. 386-387.

Como crítica fundamental a la teoría de la posibilidad, se puede decir que la misma introduce un serio problema para el Derecho penal ya que banaliza el dolo, puesto que, en nuestras prácticas cotidianas, especialmente en el mundo actual, hay una serie de acciones en que se vislumbra la posibilidad de causar lesiones a bienes jurídicos ajenos y, pese a ello, tales conductas están permitidas.

Adoptar esa tesis prácticamente haría inviables muchas de nuestras actividades diarias³²², incluso de naturaleza económica e industrial de nuestra sociedad, que pasarían a sufrir una gran y pesada intervención del sistema penal, puesto que el conocimiento del riesgo es inherente a referidas acciones, como, por ejemplo, las operaciones quirúrgicas de alto riesgo y el tráfico vial.

De tal manera, el conocimiento de la posibilidad de un resultado lesivo no parece ser un buen criterio desde el punto de vista político-criminal, que orienta que la incriminación de las personas deba ser hecha de forma justa y proporcionada³²³.

³²² Los más grandes ejemplos vienen de las actividades que involucran la seguridad vial. Véase el siguiente ejemplo de ROXIN: *"Cuando p.ej. alguien, a pesar de la advertencia de su acompañante, adelanta de manera arriesgada y provoca así un accidente, este accidente no estará causado por regla absolutamente general dolosamente, sino sólo por imprudencia consciente, aunque el sujeto (...) conocía las posibles consecuencias e incluso se le había advertido de ellas."* ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, op. cit., pp. 425-426.

³²³ En el mismo sentido sostiene DÍAZ PITA: *"(...) concluir una operación quirúrgica, llegar a su destino con su automóvil, dejar limpia la escopeta o disfrutar del calor de una hoguera en el bosque. Todas estas actividades, que conllevan un peligro conocido por el sujeto, adquieren relevancia penal cuando algo sale mal, porque el propio sujeto no ha controlado ese peligro: el paciente muere en la mesa de operaciones, el amigo que observa las maniobras de limpieza de la escopeta resulta herido, se produce una colisión de automóviles o se provoca un incendio. Cuando esto ocurre, el Derecho penal responde imponiendo una sanción cuyo mensaje al sujeto podríamos cifrarlo así: 'de ahora en adelante, presta más atención cuando realices una actividad peligrosa'. Esta exigencia, prestar atención, apela a las facultades cognitivas del sujeto, en el sentido de que se pide al mismo que aplique un especial cuidado a lo que hace. Se pide, pues, que el sujeto agudice su capacidad cognitiva, detecte el peligro y adopte las medidas necesarias para evitar el desastre. Para ello basta con una sanción cuya gravedad no sea excesiva."* DÍAZ PITA, María del Mar. *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, op. cit., p. 70.

Además, la aludida teoría ignora las distintas capacidades humanas e instrumentos tecnológicos que permiten a los seres humanos dominar los riesgos cuya posibilidad de realización es representada por sus autores.

De tal manera, la teoría da posibilidad acaba promoviendo un tratamiento penal idéntico a las personas que actúan de acuerdo con los riesgos representados, pero permitidos y dominados, y a las personas que actúan desvinculadas a esos límites, algo que tampoco parece que sea acertado.

b) Dolo como representación de la probabilidad

La otra forma de manifestación de las teorías psicológica-representacionistas³²⁴, es promovida por la teoría de la probabilidad, que fue, también, desarrollada con una especial preocupación en explicar de modo más adecuado el dolo eventual³²⁵, particularmente ante la clara dificultad de identificación del elemento volitivo en esta clase de dolo³²⁶.

Para la caracterización del dolo, de acuerdo con esta teoría, no basta que el agente constate la posibilidad de realización del resultado delictivo, como pretende la teoría de la probabilidad, sino que es necesario, más bien, que el autor represente el resultado como muy probable y, a pesar de ello, actúe³²⁷.

LUCAS, uno de los precursores de la teoría, al hablar del dolo eventual, afirmó que los efectos de nuestras conductas no siempre son

³²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 435.

³²⁵ En ese sentido, KAUFMANN afirma que: “La teoría de la probabilidad es, pues, desde un principio, sólo una teoría del dolo eventual.” KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la Estructura del Delito, op. cit.*, p. 193.

³²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General, op. cit.*, p. 271.

³²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General, op. cit.*, p. 271.

directos y necesarios, antes bien pueden cambiar, independientemente de nuestra voluntad³²⁸.

Así, sostiene que, en la mayoría de los casos, nosotros no podemos prever los resultados como ciertos, sino que apenas como probables, de acuerdo con el curso normal de las cosas³²⁹.

El referido autor identifica, por tanto, como factor decisivo para la imputación dolosa, el curso normal de las cosas y la previsión del agente acerca del nexo causal que puede ser probablemente esperado³³⁰.

Ya MAYER, también partidario de la teoría de la probabilidad, afirma que, si el elemento de la voluntad no es directamente dirigido al resultado, debe, por lo menos, ser reducido para equipararse a la previsión de la realización con la probabilidad, siendo que tal probabilidad *“significa más que simple posibilidad y menos que probabilidad absoluta.”*³³¹

Los problemas de esa teoría resultan bastante claros cuando intentamos responder algunas de las siguientes indagaciones formuladas por HERZBERG: ¿Cuándo empieza esa probabilidad? ¿Es después de un determinado porcentaje? ¿Cuán alto debe ser ese porcentaje para decir que el resultado es probable? ¿Tiene el agente condiciones de hacer una cuenta

³²⁸ LUCAS, Hermann. *Die Subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*. Berlin: v. Decker, 1883, p. 15.

³²⁹ LUCAS, Hermann. *Die Subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*, op. cit., p. 15. Así, también, sostiene GROSSMAN: *“El contenido culpable de la conducta dudosa se escalona así de acuerdo con el grado de probabilidad, con que el autor puede prever la realización del resultado antijurídico. La escala de realización del resultado antijurídico es pues grande para el probable y pequeña para el improbable”*. GROSSMANN, Hans. *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Hamburg: Gente, 1924, p. 36.

³³⁰ LUCAS, Hermann. *Die Subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*, op. cit., p. 16.

³³¹ MAYER, Hellmuth. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, op. cit., pp. 250-251.

precisa del porcentaje? ¿Es posible determinar de forma procesalmente fiable ese porcentaje? ³³².

Hay que señalar, además, que esta propuesta también presenta una respuesta insatisfactoria para varios casos en que la conexión entre acción y resultado es bastante cercana, pero que, desde el punto de vista de la probabilidad, presenta un bajo porcentaje de éxito, como es el caso del ejemplo de la ruleta rusa.

En este supuesto, dos jóvenes, juegan ruleta rusa con un arma de fuego y una sola bala, apuntando uno de ellos su arma contra el pecho de otro. La probabilidad del resultado lesivo, en un revolver con capacidad para seis proyectiles, es de 1/6 (un sexto).

Por tanto, bajo criterios de probabilidad, no estaríamos ante un caso de dolo, por más que exista una relación directa e inmediata entre la acción del autor y el resultado lesivo³³³.

Además, el criterio meramente matemático, permite claramente una manipulación de la acción por parte del autor, con el objetivo de escapar a la responsabilización a título de dolo, bastando para ello con que, por ejemplo, siempre que alguien quiera matar a otro, intente jugar a la ruleta rusa con él, lo que excluiría su posible responsabilidad dolosa.

De tal manera, teniendo en cuenta todo lo anterior y los problemas que implica, no parece que la teoría de la probabilidad ofrezca una respuesta suficientemente adecuada para solucionar los problemas del dolo.

³³² HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 251.

³³³ Así, también, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, op. cit., pp. 70-71.

1.3. Resumen de la crítica tradicional a las teorías psicológicas

Conjugando las críticas arriba expuestas, que se suelen hacer en contra las teorías psicológicas, es posible resumirlas en tres críticas centrales: (i) las teorías psicológico-volitivas utilizan un concepto ambiguo de voluntad - es decir, sostienen, para el dolo directo, un concepto psicológico, mientras que, para el dolo eventual, un concepto normativo - y, por lo tanto, el concepto de naturaleza psíquica no logra explicar el dolo eventual³³⁴, ya que el concepto normativo no tiene una vinculación efectiva con un concepto cotidiano de voluntad³³⁵; (ii) al elegir como criterio para la definición de dolo un estado mental, el concepto de dolo se torna manipulable e imposible de ser efectivamente comprobado en un proceso penal³³⁶; y (iii) las teorías psicológicas, en general, se limitarán a cambiar el estado mental caracterizador del dolo, sin solucionar satisfactoriamente los problema anteriores, siendo que *“gran parte del debate es realizado con meras variaciones lingüísticas y no permite reconocer ninguna nueva concepción detrás de la ‘neblina lingüística’”*³³⁷.

Esas contundentes críticas acabaron generando una seria crisis en las teorías psicológicas, lo que llevó prácticamente al abandono de sus planteamientos por las nuevas propuestas teóricas acerca del dolo, como se verá en la continuación de nuestros estudios.

³³⁴ Cf.: SCHÜNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., pp. 418-421.

³³⁵ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., p. 51.

³³⁶ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., p. 51.

³³⁷ Cf.: SCHÜNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., p. 420.

2. EL DOLO NORMATIVO

La crisis de las teorías psicológicas llevó la doctrina más reciente del Derecho penal a realizar un innegable giro normativo (también) en la teoría del dolo.

La visión normativa del dolo es opuesta a una visión psicológica, una vez que se ancla en una valoración, una atribución, y no simplemente en una constatación empírica, psicológica. Para la perspectiva normativa, el dolo no se visualiza, no se constata, no se examina, se valora, se atribuye, se imputa. El examen del dolo no tiene un carácter descriptivo, sino que adscriptivo³³⁸.

Ese giro normativo se desarrolló básicamente en dos perspectivas distintas: El normativismo volitivo y el normativismo cognitivo³³⁹.

En las teorías normativo-volitivas se defiende la necesidad de un elemento cognitivo y otro volitivo para el dolo, pero, en el elemento volitivo, no se emprende una búsqueda por un determinado dato psíquico, sino que, más bien, por una valoración normativa de la conducta, con el objetivo de imputar la voluntad al autor³⁴⁰.

Las teorías normativo-cognitivas abandonaron la idea de que es necesario un elemento volitivo para el dolo. Así, defendían apenas la

³³⁸ Cf.: BUSATO, Paulo César. *Dolo e Significado*. En *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*. BUSATO, Paulo César (org.). 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de Empresa*, op. cit., pp. 328 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 275.

³³⁹ ROXIN, Claus. *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, op. cit., p. 248.

³⁴⁰ A ese respecto véase lo expuesto por GRECO: "Es posible utilizar el término voluntad también en un segundo sentido, no más psicológico-descriptivo, sino que atributivo-normativo. Aquí, la voluntad no es más un ente interno a la psique de alguien, pero una atribución, es decir, una forma de interpretar un comportamiento, con amplia independencia de la situación psíquica del autor." GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*, op. cit., p. 887.

existencia de un requisito, el cognitivo, que pretendían ser normativamente valorado³⁴¹.

Esos son las dos grandes derivaciones de las teorías normativas, que propugnan que el dolo no debía ser ya constatado como un dato psicológico, sino que, más bien, había de ser valorado.

2.1. El Normativismo Volitivo

Las teorías normativo-volitivas, como ya hemos afirmado anteriormente, no prescinden del elemento volitivo para la caracterización del dolo, sino que, en verdad, propugnan una valoración normativa de la voluntad para su comprensión, especialmente en lo que toca al dolo eventual.

Muchas de las teorías normativo-volitivas también son denominadas teorías procesales³⁴², una vez que dan gran importancia a un concepto de dolo que pueda ser judicialmente comprobado³⁴³, ya que, como apunta VOLK, “la

³⁴¹ Cf.: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 276.

³⁴² Véase que ULZURRUN LLUCH sostiene que hay una cierta confusión acerca de la definición del término normativo. Afirma que, de un lado, hay los que defienden que la visión normativa parte de consideraciones valorativas, mientras otros consideran normativas las teorías que se preocupan con la prueba del dolo (cf.: ULZURRUN LLUCH, Marina Sanz-Díez de. *Dolo e imprudencia*, op. cit., pp. 250-251). A mi me parece que no hay confusión alguna, una vez que, en los dos casos, la preocupación es valorativa y no descriptiva, lo que parece demostrar la adecuación del empleo del adjetivo normativas también para las teorías procesales del dolo.

³⁴³ Cf.: BUSATO, Paulo César. *Dolo e Significado*, op. cit., p. 72. Bastante relevadora, en ese sentido, es la afirmación de HASSEMER: “(...) el dolo se sustrae a la contemplación del observador y por ello no puede ser descrito partiendo de esa observación. Por consiguiente, la teoría debe acercarse a su objeto de otra manera que facilite dicho acercamiento, es decir, de una manera indirecta.” HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 78. Sobre esa tendencia de buscarse nuevos métodos de identificación del dolo, PUPPE destaca que: “(...) en tiempos más recientes, el interés científico tiene se convertido de la adecuada definición de lo que es dolo hacia la cuestión del método adecuado para la prueba del dolo (Freund [1987], especialmente 140 y ss., Frisch Meyer-GS [1990], 533 [550 y ss.]; Hassemer Kaufmann-GS [1989], 289 [363 y ss.]; Hruschka

justicia solamente puede ser producida en un proceso y no depende solamente de un concepto jurídico-material, sino que también del modo como es utilizada en la práctica” ³⁴⁴.

a) Dolo e indicadores externos

En su propuesta respecto del tema del dolo, HASSEMER expresa su concordancia con la teoría mayoritaria en el sentido de que el dolo se manifiesta como una decisión en contra el bien jurídico (ROXIN³⁴⁵), pero advierte que el problema de los penalistas es justamente “*saber exactamente qué es lo que se entiende por ‘decisión’ o por ‘asunción’ y cómo se pueden constatar estos conceptos.*” ³⁴⁶

Por ello, propone que, en el examen de la conducta, se diferencien los aspectos internos de los externos del hecho. Así, el distinto grado de participación interna en el hecho externo es lo que diferencia el grado de culpabilidad entre dolo e imprudencia³⁴⁷.

Así, HASSEMER, en verdad, no avanza en el sentido de proponer un nuevo concepto de dolo, una vez que está de acuerdo con los conceptos de la

Kleinknecht-FS [1985], 191 [201 y ss.]; Prittwitz JA 1988, 486 [497 y ss.]; Ling JZ 1999, 335; Volk BGH FG [2000] Bd. IV, 739 [744 y ss.]). Por un lado, es seguramente verdadero que el sentido de un concepto es bastante dudoso, si no se puede determinar por medio de que método su realización debe ser comprobada en juicio. Pero no se puede, por otro lado, tomar un concepto que no tiene sentido claro, y esperar que tal sentido aparezca después de la formulación de reglas probatorias. Por más necesario que sea estudiar la cuestión acerca de las posibilidades y de los métodos de prueba del dolo eventual, es peligroso afirmar, como Prittwitz ([1993], 359) que ‘el aspecto central del problema del dolo no es conceptual, sino que procesal’, o, como hace Hassemer (Kaufmann-GS [1989], 289 [305]), ofrecer ‘un catálogo abierto de indicadores’ en lugar de una explicación acerca del concepto de dolo.” PUPPE, Ingeborg. A distinção entre Dolo e Culpa, op. cit., p. 60.

³⁴⁴ VOLK, Klaus. *Dolus ex re*, op. cit., p. 624.

³⁴⁵ ROXIN, Claus. *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 59.

³⁴⁶ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 70

³⁴⁷ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., pp. 70-71.

teoría del consentimiento o aprobación para la caracterización del dolo directo y eventual de forma unitaria³⁴⁸.

Lo que, de hecho, propone es un método para deducir esas características del dolo³⁴⁹, en un intento de utilizar en la praxis judicial esos conceptos, permitiendo su aplicabilidad³⁵⁰. Se constata, pues, que la preocupación de HASSEMER es mucho más práctica que teórica.

De tal manera, afirma que el dolo, por ser algo interno, se sustrae a la contemplación del observador y, por tanto, no puede ser descrito a partir de la observación, sino que debe ser aprehendido por medio de una investigación indirecta³⁵¹.

Para HASSEMER, dolo es un concepto dispositivo, que solamente puede ser utilizado operativamente por medio de indicadores, que cumplan tres condiciones: observabilidad, plenitud y relevancia dispositiva³⁵².

En consecuencia, sostiene que los indicadores externos constituyen un abierto e inabarcable catálogo de elementos externos a la conducta³⁵³.

De tal manera, HASSEMER afirma que:

*“Los elementos externos que caracterizan el dolo se ordenan por consiguiente en tres secuencias: peligro (externo), representación (interna) del peligro y decisión (interna), a favor de la realización del peligro reconocido.”*³⁵⁴

Con respecto del peligro, HASSEMER mantiene que éste es consustanciado por la peligrosidad objetiva para el bien jurídico típicamente

³⁴⁸ Véase: HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., pp. 73-74.

³⁴⁹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 74.

³⁵⁰ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 76.

³⁵¹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 78.

³⁵² HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 78.

³⁵³ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., pp. 81-82.

³⁵⁴ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 82.

protegido, citando como ejemplo el de un caso de un atentado a bomba en que se debe tener en consideración su fuerza destructiva, la distancia del objeto amenazado, las posibilidades de su utilización, etc.³⁵⁵

Ya en lo que toca al requisito de la representación del peligro, HASSEMER afirma que la misma consiste en el nivel cognitivo de los indicadores del dolo, pudiendo ser, por ejemplo, identificada por la visibilidad del hecho que tiene el agente, por la capacidad de percepción que tiene en el caso, por la complejidad o simplicidad de la situación, entre otros aspectos³⁵⁶.

Por fin, el requisito de la decisión, es consustanciado, de acuerdo con HASSEMER, por la:

*“(...) confirmación de conductas activas de evitación, la probabilidad de autolesión en relación con los motivos del agente, indicadores de especial relevancia como juventud, incapacidad física, peculiaridades profesionales, comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación, de una forma relevante para el dolo, con la situación actual, indicios de vínculos afectivos entre delincuente e víctima, etc.”*³⁵⁷

Véase que HASSEMER resume su teoría reafirmando que dolo es decisión a favor del injusto, estando caracterizado por una disposición, un hecho interno que no puede ser observado y, por tanto, debe ser extraído indirectamente de los indicadores externos de la conducta³⁵⁸, que se

³⁵⁵ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., pp. 82-83.

³⁵⁶ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 83.

³⁵⁷ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 83.

³⁵⁸ Tesis parecida fue levantada por HRUSCHKA, ya en 1985, en que argumentaba: “Como todo lo espiritual, el dolo no se constata y se prueba, sino que se imputa. Cuando decidimos que alguien está actuando dolosamente no realizamos un juicio descriptivo, sino adscriptivo. Los partidarios de la teoría del *dolus ex re* lo advirtieron, aunque resultara errónea su idea de que el *dolus ex re* es una inferencia que puede probar los hechos ‘internos’ por referencia a los ‘externos’”. HRUSCHKA,

presentan, como se ha visto, en tres niveles, la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión a favor de la acción peligrosa³⁵⁹.

Como se puede constatar, el referido autor no llega a problematizar el concepto de dolo, una vez que adopta la posición defendida por las teorías volitivas del consentimiento o aprobación, pues defiende que el dolo exige un “conformarse en sentido jurídico” con el resultado³⁶⁰. De tal manera, se puede invocar las mismas críticas ya expuestas en contra tales teorías, especialmente en lo que hace referencia a manipulabilidad e incertidumbre de conceptos de esa naturaleza³⁶¹.

Por otro lado, el método presentado por HASSEMER, que es justamente la contribución de su propuesta, carece de una comprobación empírica acerca de su idoneidad para demostrar lo que efectivamente pasaba internamente en la mente del delincuente mientras cometía el delito.

Así, la aceptación de ese método está basada solamente en una creencia, puesto que la tesis de que lo externo comprueba lo interno es empíricamente indemostrable y constituye, como se verá en el momento oportuno, un sinsentido filosófico³⁶².

Joachim. *Sobre la difícil prueba del dolo*, op. cit., p. 155. Véase que HRUSCHKA censura la teoría del *dolus ex re* solamente por qué defiende que el interno no puede ser denominado como hecho. HRUSCHKA, Joachim. *Sobre la difícil prueba del dolo*, op. cit., pp. 145-146. En el sentido de la defensa, también, del retorno del *dolus ex re*, véase: VOLK, Klaus. *Dolus ex re*, op. cit., pp. 611-624.

³⁵⁹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 82.

³⁶⁰ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 72.

³⁶¹ Hacemos, también, referencia a las críticas enderezadas en contra la tesis de ROXIN, que serán expuestas en el próximo apartado.

³⁶² Principalmente en los delitos en que “el interno” es consustanciado por estados mentales que duran fracciones de segundo.

De tal manera, aunque HASSEMER intente superar los problemas de la prueba del dolo, no llega a presentar un método fiable de demostración de lo “interno”³⁶³.

b) Dolo y plan

Con un concepto propio de dolo y no simplemente un nuevo método para su adscripción, ROXIN propugna que la esencia de las tres modalidades de dolo (dolo directo de primer grado, de segundo y dolo eventual) es caracterizada por “la realización del plan”³⁶⁴.

Ello se debe, de acuerdo con aludido autor, en virtud de que un resultado solamente puede ser considerado como dolosamente producido “cuando y porque es correspondiente al plan del sujeto en una valoración objetiva”³⁶⁵, mientras que la imprudencia es caracterizada por la simple “negligencia o ligereza”³⁶⁶.

Tal idea, conforme ROXIN, es bastante evidente para el dolo directo en sus dos modalidades y sirve como “directriz en la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente”³⁶⁷.

³⁶³ Como se verá en el momento oportuno, en este trabajo se pone de manifiesto la incorrección gramatical que existe en la diferenciación entre interno y externo. Confiérase en el capítulo IV, 1.

³⁶⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 416.

³⁶⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, pp. 416-417.

³⁶⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 425.

³⁶⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 417. ROXIN explica su afirmación con ejemplos: “Si p.ej. alguien atropella a otro intencionadamente con el coche y se da cuenta de que posiblemente lesionará además a un tercero, entonces ha admitido también en su plan, al incluir lo anterior en su cálculo, la eventual lesión del tercero y, en caso de producirse, la ha realizado dolosamente, por mucho que la lesión en sí no le resulte agradable. Por el contrario, cuando alguien sigue fumando en la cama pese a las advertencias de su novia y provoca así un incendio, sólo es culpable de un incendio por imprudencia (consciente) y no de un incendio doloso; porque, aun cuando el sujeto ha hecho caso omiso de las advertencias bienintencionadas, no puede interpretarse el resultado

En consecuencia, de acuerdo con esa tesis, hay dolo cuando el agente incluye el resultado en su cálculo, haciendo el evento lesivo parte de su plan y, en tal medida, lo quiere³⁶⁸. En suma, para ROXIN dolo es una voluntad de acción realizadora del plan³⁶⁹.

Concretamente, en lo que se refiere a cada una de las modalidades de dolo, ROXIN defiende la siguiente distinción:

*“(...) los resultados conscientemente causados y deseados son siempre intencionales, aun cuando su producción no sea segura o no sea la finalidad última (el móvil, el motivo) o la finalidad única de quien actúa. Por otro lado, los resultados indeseados cuya producción el sujeto no había considerado segura, sino sólo posible o probable, han de considerarse a lo sumo producidos con dolo eventual. Así queda para la polémica sobre el concepto de intención (o propósito) sólo un grupo intermedio de casos, en los que el sujeto debe producir con seguridad un resultado típico, pero no desea ese resultado, sino que se enfrenta a él con indiferencia o incluso pesar.”*³⁷⁰

En resumen, ROXIN comprende las distintas formas del dolo de la siguiente manera:

(i) el dolo directo de primer grado se consustancia por los resultados causados de forma intencional y consciente;

(ii) el dolo directo de segundo grado *“representa un querer la realización del tipo, aun cuando el resultado sea desagradable para el sujeto”*³⁷¹;

como realización de un plan de incendio.” ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 417.

³⁶⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 425.

³⁶⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 426.

³⁷⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 419.

³⁷¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 424.

(iii) el dolo eventual se caracteriza “cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así – sea de buena o de mala gana – a la eventual realización de un delito, se conforma con ella”³⁷².

Sin embargo de esas matizaciones, para ROXIN el dolo siempre involucra una decisión, en que el agente debe tomar en serio la realización del resultado, pero esa decisión no debe ser considerada en términos psicológicos, sino que debe ser normativamente evaluada. Además, esa decisión no necesita ser un acto de voluntad reflexivo, como si fuera una “resolución”³⁷³.

Para el referido autor, la decisión por la realización del plan no puede ser visualizada externamente. Así, la concretización del criterio de la decisión, especialmente en el dolo eventual, se realiza por medio de formulas, indicadores y contra-indicadores³⁷⁴.

En ese sentido, deben ser tomados en cuenta, por ejemplo, el reconocimiento por parte del autor acerca del peligro de su propia conducta³⁷⁵, la consideración sobre la posibilidad de la víctima de escapar del riesgo por sus propios medios³⁷⁶ y la ausencia de motivo que indique que el autor tomó en serio el riesgo de la realización del resultado³⁷⁷.

Por tanto, para ROXIN la evaluación acerca de la existencia de un plan del autor debe tomar en cuenta la apariencia general de todas las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho³⁷⁸, pues no se debe limitar el análisis a indicadores aislados, sino que se deben valorar todas las

³⁷² ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general. Tomo I, *op. cit.*, p. 427.

³⁷³ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general. Tomo I, *op. cit.*, p. 429.

³⁷⁴ ROXIN, Claus. *Über den ‘Dolus Eventualis’*. En *Studi in onore di Mario Romano*, vol. 2. Napoli: Jovene, 2011, p. 1208.

³⁷⁵ ROXIN, Claus. *Über den ‘Dolus Eventualis’*, *op. cit.*, p. 1209.

³⁷⁶ ROXIN, Claus. *Über den ‘Dolus Eventualis’*, *op. cit.*, pp. 1210-211.

³⁷⁷ ROXIN, Claus. *Über den ‘Dolus Eventualis’*, *op. cit.*, p. 1211.

³⁷⁸ ROXIN, Claus. *Über den ‘Dolus Eventualis’*, *op. cit.*, p. 1211. Esa fórmula fue utilizada por la primera vez en BGHSt 36, 10.

circunstancias concretas del caso³⁷⁹. Así, en esa parte, ROXIN se aproxima bastante de la teoría de HASSEMER³⁸⁰.

Por fin, ROXIN defiende que la determinación del dolo debe ser una evaluación judicial³⁸¹. El dolo no es un hecho psicológico, sino que un juicio valorativo del juez³⁸².

Como se puede ver, ROXIN es un partidario del normativismo volitivo³⁸³, puesto que propone métodos normativos para evaluar el dolo y mantiene la propuesta de que el dolo está compuesto por elementos cognitivos y volitivos.

En suma, lo que propone ROXIN son dos cosas: (i) identificar el dolo con plan; y (ii) emplear un método para evaluar la existencia o no de tal plan.

Sin embargo, decir que existe dolo cuando el resultado está de acuerdo con el plan del autor, es sostener que solamente hay dolo cuando el agente actúa de modo planificado, con previa evaluación de la situación y medios para obtener su objetivo, aunque ROXIN niegue tal necesidad.

Se hace esa crítica porque el uso de la palabra “*plan*” remite justamente a una idea de planeamiento, estrategia, proyecto, significados esos que involucran necesariamente una acción previamente bien pensada, lo que resulta incompatible con incontables casos de delitos claramente intencionales que son cometidos por impulso y sin cualquier reflexión anterior.

³⁷⁹ ROXIN, Claus. *Über den ‘Dolus Eventualis’*, op. cit., p. 1212.

³⁸⁰ En ese sentido, ROXIN reconoce expresamente en: *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, op. cit., p. 248. Concluyen, también, en el sentido de la similitud entre las dos teorías: MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 273; DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*, op. cit.; BUSATO, Paulo César. *Dolo e Significado*, op. cit.

³⁸¹ ROXIN, Claus. *Über den ‘Dolus Eventualis’*, op. cit., p. 1213.

³⁸² ROXIN, Claus. *Über den ‘Dolus Eventualis’*, op. cit., p. 1214.

³⁸³ ROXIN, Claus. *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, op. cit., p. 248.

Además, no queda claro cuando se puede decir que hubo o no un plan. A fin de cuentas: ¿Qué es plan? ¿Cuál es el plan que autoriza una conclusión de que hubo dolo? ¿Cómo debe ser ese plan? ¿El plan debe tener alguna anterioridad temporal al delito? ¿Cuánto tiempo antes del delito debe ser el plan elaborado?

Como se puede ver, esa propuesta adolece de falta de claridad, ya que no se sabe efectivamente en que consiste y como debe ser el plan del autor para que se pueda caracterizar la conducta como dolosa.

En adición, específicamente en lo que toca al dolo eventual, ROXIN acaba por adoptar la teoría del tomar en serio y consecuentemente su teoría padece de los mismos problemas ya explicados en las críticas realizadas contra la referida propuesta³⁸⁴.

Por otro lado, en lo que se refiere al método de adscripción, la teoría utiliza básicamente la misma propuesta de HASSEMER, como el propio ROXIN reconoce³⁸⁵, aunque este último actualmente tenga abandonado la búsqueda a algún referente psicológico-ontológico, concediendo al juez la atribución de decidir lo que es el dolo, es decir, el dolo está en la cabeza del juez y no ya en la cabeza del autor.

Con ello, sin embargo, se acaba abriendo las puertas para la manipulabilidad del concepto de dolo por parte del juez, lo que, en casos extremos, crea la oportunidad para que el juez discrecionalmente determine si una conducta es dolosa o no³⁸⁶.

³⁸⁴ Confiérase la crítica en el capítulo III, 1., 1.1., e.

³⁸⁵ ROXIN, Claus. *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, *op. cit.*, p. 248

³⁸⁶ Aquí se puede recordar – puesto que perfectamente válida a la tesis de ROXIN – la dura crítica de GIMBERNAT ORDEIG en contra la teoría del consentimiento, poniendo de relieve sus riegos, al decir: “*que es el procedimiento que esa doctrina hace seguir el juez. Pues – si se me permite expresarlo exagerada y prosaicamente – lo que en verdad decide en la teoría del consentimiento es si el agente tiene o no aspecto de facineroso o de buena persona. (...) Todo ello es (autoritario) Derecho penal de autor y no (democrático) Derecho penal de hecho, es culpabilidad por el carácter y no*”

Con todos estos problemas, especialmente en lo que toca a la falta de claridad, la teoría de ROXIN acaba perdiendo la fuerza necesaria para consagrarse como una propuesta a ser adoptada por nuestro Derecho penal como orientadora para la adecuada comprensión del dolo.

c) Dolo y tipología

Una fuerte crítica a las teorías tradicionales del dolo ha sido realizada por SCHÜNEMANN, al advertir que muchas disputas teóricas acerca del tema se han limitado a efectuar un debate acerca de meras variaciones lingüísticas, es decir, se basan en uno concepto simplemente filológico de dolo³⁸⁷.

Por ello, SCHÜNEMANN propone un cambio teórico de un concepto filológico de dolo para un concepto tipológico, propugnando una visión del dolo como *Typus* (de tipología), en el sentido de que tal concepto debe ser fijado de acuerdo con la existencia de determinados *Typus* que lo caracterizan.

En las palabras de SCHÜNEMANN:

*“El concepto tipológico (Typus) está completo cuando el supuesto de hecho real se mantiene en el marco de un determinado perfil de las expresiones de los elementos, de modo tal que supuestos de hecho que difieren enormemente entre sí pueden tener cabida en el mismo concepto tipológico (Typus).”*³⁸⁸

culpabilidad por el hecho.” GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*, op. cit., p. 253.

³⁸⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., p. 420.

³⁸⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., p. 429.

Así, para identificar la presencia o no del dolo, basta evaluar si están presentes todos los *Typus* que definen su esencia.

Para SCHÜNEMANN existen dos *Typus* o requisitos esenciales del dolo: (i) el dominio del hecho o de la situación fáctica por el autor; y (ii) su ánimo de enemistad hacia al bien jurídico³⁸⁹.

De este modo, para evaluar si la conducta es dolosa, basta examinar si están presentes esos dos requisitos. Así, en caso positivo, aunque cada uno de esos *Typus* se manifiesten con distinta intensidad, es perfectamente posible afirmar la presencia del dolo³⁹⁰.

Por tanto, una acción intencional (alta enemistad hacia el derecho), con bajísima probabilidad de lesión (bajo dominio del hecho) - y viceversa -, cumple los requisitos para considerarla como acción dolosa, por encajar en el concepto tipológico de dolo³⁹¹.

Además, SCHÜNEMANN sostiene que, en la evaluación de la imputación subjetiva, se debe tener en cuenta, entre otros, los siguientes datos: (i) el valor o desvalor del fin que entraña la conducta; (ii) la disposición del agente a asumir, por sí mismo, el riesgo de su conducta, (iii) el nivel de dominio del hecho sobre la víctima; (iv) el nivel de habituación al riesgo por parte de la sociedad; y (v) el modo de protección del bien jurídico, es decir, si se trata de un delito de lesión o de un delito de lesión y de peligro³⁹².

³⁸⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., p. 429.

³⁹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., p. 431.

³⁹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., p. 431.

³⁹² SCHÜNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., pp. 431-432.

Por fin, resalta que su propuesta reafirma el rasgo psicológico-ontológico del dolo³⁹³, que debe ser constatado de acuerdo con las circunstancias objetivas del hecho que son importantes para su comprobación, negando, así, que el dolo sea solamente una atribución³⁹⁴.

Aunque resulte bastante interesante la propuesta de SCHÜNNEMANN, es posible constatar que su principal problema es mantener una conceptualización de dolo como algo psicológico, además de promover una apuesta también en la plausibilidad del método de HASSEMER, es decir, que es posible comprobar algo interno por medio de indicadores externos, lo que, como ya hemos dicho, carece de demostración³⁹⁵.

Por otra parte, es harto cuestionable afirmar categóricamente que en todos los supuestos de dolo el agente tiene dominio del hecho. En muchos casos, no es posible decir con seguridad si el hecho está o no bajo el dominio del agente. Por ejemplo, en el caso de la complicidad dolosa, no es posible decir que el partícipe no tiene dolo simplemente porque no tiene el dominio del hecho.

Así, es de se reprochar la indeterminabilidad del criterio, una vez que la propia expresión *dominio del hecho* acaba presentándose como “‘un concepto abierto’ que, tal y como lo concibe, no es, sencillamente, ningún concepto”³⁹⁶, generando, pues, más oscuridad que claridad al concepto, llevando, además, para el interior de la teoría del dolo, todos los problemas, discusiones y críticas realizadas en el ámbito del debate acerca de los criterios definidores de la autoría y participación en la teoría del dominio del hecho³⁹⁷.

³⁹³ Aunque SCHÜNNEMANN llegue a hablar de una vinculación entre el pensamiento normativista con el lógico-objetivo. Cf.: SCHÜNNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., p. 435.

³⁹⁴ SCHÜNNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., p. 433.

³⁹⁵ Confiérase capítulo III, 2, 2.1., a.

³⁹⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit, p. 768.

³⁹⁷ Sobre la crítica a la teoría del dominio del hecho, cf.: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit, pp. 765 y ss.

Además, la referencia a la enemistad hacia el bien jurídico parece, también, bastante genérica e imprecisa, con lo que no se sabe exactamente qué caracteriza concretamente aludida enemistad. ¿Cómo ella se manifiesta? ¿Cuándo empieza una enemistad? ¿La enemistad es anterior a la acción? ¿Es algo interno o psicológico? ¿Cómo se expresa una enemistad?

Esas cuestiones e imprecisiones quitan la fuerza de la teoría de SCHÜNNEMANN, con lo que se puede concluir que sus razones no son suficientemente fuertes a punto de llevar a su adopción.

2.2. El Normativismo Cognitivo

Otra perspectiva tomada por el giro normativo fue la desarrollada por las teorías normativo-cognitivas, que propugnan – además de una superación de la visión psicológica – el abandono del elemento volitivo del dolo, que quedaría, por tanto, limitado solamente a su aspecto cognitivo.

A continuación, se analizarán las principales propuestas partidarias de las denominadas teorías normativo-cognitivas.

a) Dolo y cualidad del conocimiento

Con un concepto teleológico de dolo, que en sus trabajos pasa a llamar de *dolosidad*, SCHMIDHÄUSER, en su segundo intento de elaborar un concepto para el dolo³⁹⁸, aboga por que su caracterización no debe ya depender de un elemento volitivo, sino que solamente del elemento cognitivo³⁹⁹.

³⁹⁸ Respecto de los dos intentos del autor de proponer una teoría sobre el dolo, confiárase: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, op. cit., p. 379 y ss. y p. 499 y ss.

³⁹⁹ SCHMIDHÄUSER, Eberhardt. *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1968, pp. 21-21.

Propone así que el criterio diferenciador entre dolo e imprudencia debería estar en la disyuntiva conocimiento/desconocimiento de las circunstancias actuales del hecho⁴⁰⁰.

En consecuencia, para el referido autor, es posible afirmar el dolo, cuando hay: (i) un conocimiento actual y seguro de hechos presentes y futuros; o (ii) un conocimiento inseguro de los hechos, pero con posibilidad concreta de que la lesión al bien jurídico se produzca (dolo eventual)⁴⁰¹.

De tal manera, el conocimiento de las circunstancias del hecho pasa a ser el único criterio para la determinación del dolo, que pasa a ser evaluado de acuerdo con la cualidad del conocimiento de referidas circunstancias (conocimiento seguro/inseguro).

Como explica PÉREZ BARBERÁ:

*“Schmidhäuser diferencia (...) entre ‘conciencia segura de lo ilícito’ (sicheres Unrechtbewußtsein) que equivale a lo que tradicionalmente se denominada dolo directo de segundo grado, y ‘conciencia insegura de lo ilícito’ (unsicheres Unrechtbewußtsein), que equivale al tradicional dolo eventual. Para él, el conocimiento de las circunstancias del tipo, exigido por el § 16.I, StGB para el delito doloso abarca no sólo la conciencia segura del autor sino también la insegura (es decir: la duda) acerca de esas circunstancias. Por su parte, la intención (absicht), con la cual usualmente se identifica al dolo directo de primer grado, no es para Schmidhäuser un componente del dolo, sino un elemento especial que, según los casos, pertenece o bien al ilícito, o bien a la culpabilidad.”*⁴⁰²

⁴⁰⁰ SCHMIDHÄUSER, Eberhardt. *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat*, op. cit., p. 241.

⁴⁰¹ SCHMIDHÄUSER, Eberhardt. *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat*, op. cit., p. 250.

⁴⁰² PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, op. cit., pp. 510-511.

Como se puede ver, la propuesta de SCHMIDHÄUSER lleva, en último término, a una verdadera adopción de la teoría de la posibilidad, sin el elemento volitivo, una vez que la cualidad del conocimiento, es decir, la seguridad o inseguridad del conocimiento depende justamente de la posibilidad de la superveniencia del ilícito⁴⁰³.

Así, teniendo en cuenta que tal teoría importa apenas en un nuevo ropaje a la teoría de la posibilidad, recobran razón las objeciones ya hechas con relación a esa teoría, en el sentido de que es bastante cuestionable afirmar que el simple conocimiento del peligro autorizaría la afirmación del dolo, una vez que, con ello, el concepto de dolo abarcaría innumerables resultados lesivos derivados de peligros inherentes a nuestras actividades cotidianas, especialmente, y entre otras, en lo que se refiere a los delitos contra la seguridad vial.

En consecuencia, todos esos casos pasarían a ser valorados exclusivamente como dolosos, puesto que el peligro de resultados lesivos en nuestra sociedad de riesgo actual es conocido por casi todos, incluso por los conductores de vehículos.

Además, la propuesta de SCHMIDHÄUSER se vuelve aún más problemática que la teoría de la posibilidad, puesto que retira uno de los requisitos necesarios para la caracterización del dolo tradicionalmente defendido por tales teorías, el elemento volitivo, potencializando, por consiguiente, los riesgos de se promover una ampliación desproporcionada de la incidencia de tal concepto.

⁴⁰³ Como afirma PÉREZ BARBERÁ: *"En efecto, así como anteriormente enfatizaba Schmidhäuser que lo decisivo para el dolo era el conocimiento de la posibilidad de un peligro objetivamente concreto (y antijurídico), ahora sostiene que lo que importa es el conocimiento de la posibilidad concreta de un peligro antijurídico."* PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, op. cit., p. 506.

b) Dolo y peligro descubierto

Del mismo modo HERZBERG, tras criticar las teorías tradicionales, rechaza la idea de que el elemento volitivo sea relevante para la caracterización del dolo, manteniendo que solamente es necesario un aspecto cognitivo, consustanciado por la representación de un riesgo cualificado⁴⁰⁴.

En consecuencia, argumenta que el criterio identificador del dolo es la cualidad del peligro que se presenta al autor. Luego, la representación de un riesgo cualificado, evaluada desde aspectos psicológicos⁴⁰⁵, es lo que diferencia, a su modo de ver, los supuestos de dolo y de imprudencia⁴⁰⁶.

Por tanto, HERZBERG sostiene que la identificación del dolo debe obedecer a criterios cualitativos⁴⁰⁷ - y no solamente cuantitativos como en la teoría de la probabilidad - establecidos de acuerdo con las tres clases distintas de peligro: (i) peligro cubierto por medio de la atención humana; (ii) peligro descubierto y (iii) peligro descubierto, pero remoto.

El peligro cubierto por medio de la atención humana sucede cuando el agente o terceros tengan condiciones de evitar, de forma altamente eficiente, la producción del resultado lesivo con precaución o prestando atención⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 253.

⁴⁰⁵ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 253.

⁴⁰⁶ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Das Wollem beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom Bewußt fahrlässigen Verhalten*. Juristenzeitung (JZ), 1988, p. 155.

⁴⁰⁷ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 253.

⁴⁰⁸ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 254.

En ese grupo de casos, la imputación deberá ser, según HERZBERG, como máximo, por imprudencia⁴⁰⁹.

El peligro descubierto ocurre cuando, durante o después de la acción, la concretización del tipo objetivo depende solamente – o en gran medida – de la suerte o casualidad, no pudiendo ser evitado por la atención humana⁴¹⁰.

Es decir, con la acción del agente se pone en marcha un peligro cuya no concretización ya no puede más ser asegurada por el agente, una vez que tal realización depende apenas de la suerte.

En los casos de peligro descubierto, la responsabilidad es atribuida a título de dolo⁴¹¹.

Ya el peligro descubierto, pero remoto, tiene el mismo concepto del peligro descubierto, pero para los grupos de casos en que el riesgo de la concretización del tipo objetivo es bastante bajo o insignificante⁴¹². En esos casos la responsabilidad sería por imprudencia⁴¹³, una vez que, dada su baja probabilidad, no sería necesaria la existencia de cobertura protectora eficiente por parte del autor.

HERZBERG explica, sin embargo, que hay casos en que los referidos criterios enfrentarían una zona de penumbra, lo que exigiría una valoración del caso, que no siempre estará exenta de dudas⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 256.

⁴¹⁰ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Das Wollem beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom Bewußt fahrlässigen Verhalten*, op. cit., p. 155.

⁴¹¹ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 256.

⁴¹² HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 256.

⁴¹³ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 256.

⁴¹⁴ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 255.

La propuesta de HERZBERG propugna, en verdad, una objetivación de la teoría del *“tomarse en serio”*, sugiriendo un desplazamiento de ese criterio, con su anticipación hacia el tipo objetivo. Lo relevante, pues, para el referido autor, no es que el agente haya *“tomado en serio un peligro reconocido, sino que él haya reconocido un peligro que debe tomar en serio”*⁴¹⁵.

El criterio no es tomado de acuerdo con la subjetividad, con las impresiones psicológicas del agente, sino que es evaluado de acuerdo con un criterio jurídico y objetivo del peligro, una vez que, de acuerdo con su teoría, el dolo es constituido solamente de un elemento puramente cognitivo.

La crítica que normalmente se dirige en contra de la tesis de HERZBERG es que, en verdad, su teoría es muy similar a la teoría de la probabilidad⁴¹⁶, lo que llevará que incurra en las mismas dificultades para establecer precisamente los grados probabilísticos para diferenciar dolo de imprudencia, como ya hemos apuntado con anterioridad en el análisis de la teoría de la probabilidad⁴¹⁷.

Además, se le reprocha también el hecho de que su teoría acaba por no diferenciar dolo de lesión y dolo de peligro, puesto que HERZBERG se ve obligado a tratar de forma unitaria esos dos conceptos, lo que resulta incompatible con la perspectiva adoptada por el legislador alemán⁴¹⁸.

⁴¹⁵ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 262.

⁴¹⁶ Como afirma PUPPE: *“La cobertura del peligro, al contrario de la primera impresión, incluso para Herzberg, no es ningún criterio cualitativo del peligro imprudente. La propia probabilidad de la realización del resultado, como en la teoría clásica de la probabilidad, es, mejor dicho, el único criterio de decisión.”* PUPPE, Ingeborg. *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 103 (1991), p. 19.

⁴¹⁷ Véase la crítica expuesta en el capítulo III, 1., 1.2., b.

⁴¹⁸ En ese sentido es la crítica de SCHÜNEMANN: *“(...) Herzberg se ve obligado a tratar de forma unitaria el dolo de peligro y el dolo de lesión. Sin embargo, como el Código Penal alemán distingue claramente entre el dolo de peligro y el dolo de lesión, la solución de Herzberg no resulta compatible con la concepción del legislador. Por cierto, Herzberg se preocupa por demostrar – a diferencia de otros partidarios de un concepto objetivo de dolo – que con ayuda de su teoría se puede continuar distinguiendo entre dolo de lesión y dolo de peligro, pues en caso del peligro protegido, en el dolo de*

c) *Dolo y conocimiento de un riesgo concreto*

FRISCH, siguiendo a HERZBERG, propugna, del mismo modo, una teoría normativo-cognitiva del dolo, una vez que niega la existencia del elemento volitivo en ese concepto⁴¹⁹, ante lo que defiende que el dolo debe estar compuesto solamente por el elemento cognitivo⁴²⁰.

FRISCH alerta inicialmente de que el objeto del dolo no puede ser “*los elementos del tipo objetivo*”, como se defiende tradicionalmente, puesto que, antes de la acción, no es posible conocer el resultado típico⁴²¹.

En cambio propone que el objeto del dolo debe ser el conocimiento del comportamiento, siendo que, como resalta DÍAZ PITA, tal dimensión debe estar caracterizada:

“(...) en primer lugar, como un dato de la contradicción existente entre el comportamiento ejecutado y el Derecho; ha de singularizar en segundo lugar,

lesión debe hacerse hincapié en la protección del riesgo, y en el dolo de peligro debe tomarse en cuenta el resto de peligro que continúa estando presente. Pero en sentido formal es contradictorio calificar de ‘concreto’ a un peligro que no fundamenta dolo alguno y que por ello, según la definición de Herzberg: ‘no es de tomar seriamente en cuenta’. Y en sentido material, a la ‘protección’ se le exige claramente demasiado al constituir el único criterio entre ‘peligrosidad de lesionar’ y ‘peligrosidad de poner en peligro’.” SCHÜNEMANN, Bernd. De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo, op. cit., p. 426. En nota afirma, todavía, SCHÜNEMANN: “En los delitos de peligro de los §§ 315 ss. del Código Penal alemán se penaliza completamente la puesta en peligro dolosa del cuerpo o la vida, a lo que se une frecuentemente una calificación del resultado en caso de producción culposa de las lesiones corporales o de la muerte (como, por ejemplo, en el § 318, apartado 2º del Código Penal alemán), lo cual sería evidentemente absurdo, si el dolo de peligro incluyera el dolo de lesión.” SCHÜNEMANN, Bernd. De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo, op. cit., p. 426.

⁴¹⁹ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, op. cit., pp. 24 e ss.

⁴²⁰ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, op. cit., p. 96.

⁴²¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte general*. Tomo I, op. cit. p. 439.

*una especial peligrosidad del sujeto agente frente a los bienes jurídicos; y ha de demostrar, por último, que su acción constituye un fallo personal cualificado del sujeto ante las exigencias del Derecho.”*⁴²²

Así, tal comportamiento consiste en una decisión contra el bien jurídico cuando el agente juzga *ex ante* que su acción es idónea para crear o elevar un riesgo concreto típicamente relevante⁴²³, lo que fundamenta un elevado poder de evitación por parte del autor⁴²⁴, una vez que se trata de un riesgo que debe ser tomado en serio⁴²⁵.

En otras palabras, FRISCH defiende que el mejor criterio para la caracterización del dolo es justamente la decisión en contra del bien jurídico, manifestada cuando el agente toma en serio el peligro que conoce⁴²⁶.

Sin embargo, es importante subrayar que FRISCH comprende el elemento cognitivo en un sentido anímico, como algo que pasa en la conciencia del agente. De tal manera, para él debe efectivamente haber una relación psicológica entre el conocimiento y el objeto del dolo, consustanciada por el comportamiento típico⁴²⁷.

⁴²² DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*, op. cit., pp. 113-114.

⁴²³ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, op. cit., pp. 98-102.

⁴²⁴ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, op. cit., p. 103.

⁴²⁵ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, op. cit., p. 82.

⁴²⁶ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, op. cit., pp. 482 y ss.

⁴²⁷ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, op. cit., pp. 168-169. No obstante FRISCH sostiene que su concepto de conocimiento es normativo. Cf.: FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, op. cit., p. 173. Acerca de esa relación psicológica en la teoría de FRISCH, LOURENZO COPELLO afirma el siguiente: “¿Qué se deduce de esta fundamentación en lo referente al contacto psicológico entre el autor y el hecho característico de la conducta dolosa? La respuesta de Frisch es clara: el sujeto debe captar en su mente la dimensión de peligro que su comportamiento implica para el bien jurídico, es decir, debe captar precisamente aquello que llega al Derecho penal a prohibir esa conducta.” LOURENZO COPELLO, Patricia. *Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo*. En *El nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos*. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío Lopes. Granada: Comares, 1999, p. 347.

En consecuencia, cuando una persona se representa el peligro concreto - es decir, cuando tiene el conocimiento necesario para la caracterización del dolo -, pero, aun así, confíe en que todo saldrá bien, resulta rechazada la posibilidad de una imputación a título de dolo, ya que no está debidamente caracterizada la existencia de una efectiva decisión en contra el bien jurídico⁴²⁸.

En suma, es posible decir que la teoría de FRISCH promueve dos ideas básicas: (i) el dolo es constituido solamente por el elemento cognitivo y (ii) su objeto no es más compuesto por las circunstancias del tipo objetivo, sino que, más bien, por un comportamiento típico⁴²⁹ - compuesto por (a) la acción u omisión típica más (b) el conocimiento del riesgo no permitido que represente una efectiva decisión en contra el bien jurídico⁴³⁰.

Como crítica a la teoría de FRISCH es posible decir que, en verdad, aunque intente establecer criterios normativos, construye, en verdad, toda su propuesta sobre la base teórica de la teoría psicológica mayoritaria, solamente propugnando la exclusión del elemento volitivo de su consideración.

No logra, pues, superar los problemas ya detectados en esas teorías, principalmente en lo que se refiere a la identificación del dolo como un estado mental, una vez que, como reprochan ESER y BURKHARDT a FRISCH: *"la comprobación procesal de un conocimiento cualificado no es más fácil que el de la voluntad disminuida."*⁴³¹

Así, con FRISCH persiste la imposibilidad de demostrar procesalmente el dolo, dada la inviabilidad de comprobar efectivamente si el autor ha tomado o no en serio el peligro⁴³².

⁴²⁸ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, op. cit., p. 482.

⁴²⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 93.

⁴³⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte general*. Tomo I, op. cit. p. 439.

⁴³¹ ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho Penal*, op. cit., p. 168.

⁴³² PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., p. 60.

Por otro lado, del mismo modo que la teoría del “*tomarse en serio*”, FRISCH reconoce como causas de exclusión de la imputación dolosa, la confianza, la creencia y el optimismo irracional.

A ese respecto, como ya se ha dicho con anterioridad, no parece normativamente aceptable que un sentimiento individual del autor, independientemente del contexto de la acción y de criterios públicos, pueda determinar privadamente lo que es dolo e imprudencia⁴³³.

d) Dolo y el conocimiento de la cualidad del peligro

Otra perspectiva normativo-cognitiva es la ofrecida por PUPPE, quien sostiene que el dolo debe ser definido de acuerdo con el conocimiento que el agente tiene respecto de la cualidad del peligro.

Para la referida autora, hay dos cualidades de peligro: El peligro de dolo (*Vorsatzgefahr*) y el peligro de imprudencia (*Fahrlässigkeitsgefahr*)⁴³⁴, cuya diferencia se establece de acuerdo la magnitud del riesgo⁴³⁵, objetivamente evaluada⁴³⁶.

Así, para la caracterización del dolo es importante que: (i) se haga presente un peligro de dolo y (ii) que el agente tome conciencia del referido peligro.

⁴³³ En sentido similar, PUPPE afirma que “*la instancia competente para decidir respecto de lo que es el significado jurídico del peligro reconocido por el autor no es él, sino que el Derecho.*” PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., pp. 61-62.

⁴³⁴ PUPPE, Ingeborg. *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 15. KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich Ulfrid (org.). Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges.: 2010, Rn. 64, p. 616.

⁴³⁵ PUPPE, Ingeborg. *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, op. cit., p. 41.

⁴³⁶ PUPPE, Ingeborg. NK. § 15, op. cit., Rn. 64, p. 616. Cf. También: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, op. cit., p. 148.

Hay *Vorsatzgefahr* cuando el peligro expresa, en sí mismo, un método adecuado para la realización del resultado delictivo⁴³⁷.

Entre tanto, solamente es posible hablar de un método adecuado para la realización del resultado, cuando, de acuerdo con los conocimientos del agente, se verifica que la posibilidad de alcanzar el resultado es relativamente alta⁴³⁸.

Además, para evaluar si la posibilidad es alta, no se puede utilizar criterios de probabilidad, una vez que, en nuestra práctica cotidiana, no utilizamos los referidos parámetros, sino que, más bien, debemos emplear los métodos aprendidos con nuestra experiencia para vislumbrar todos los posibles resultados⁴³⁹.

PUPPE afirma que el empleo de ese método empírico no es un problema, una vez que hay un gran consenso, con excepción de casos-limites, acerca de cuales son los métodos idóneos para alcanzar determinados objetivos⁴⁴⁰.

Ya la conciencia del peligro es constatada mediante un análisis del comportamiento del autor, que debe expresar una aprobación del resultado lesivo⁴⁴¹.

Esa aprobación, empero, es evaluada con base en parámetros objetivos establecidos de acuerdo con un modelo de persona racional⁴⁴².

Por lo tanto, no cabe al delincuente decidir lo que es dolo, una vez que esa es una cuestión que le corresponde al Derecho resolver⁴⁴³.

El agente, sin embargo, debe de ser consciente de que hay un peligro genérico y objetivamente adecuado para la realización del hecho delictivo⁴⁴⁴.

⁴³⁷ PUPPE, Ingeborg. NK. § 15, *op. cit.*, Rn. 69, p. 617.

⁴³⁸ PUPPE, Ingeborg. NK. § 15, *op. cit.*, Rn. 71, p. 618.

⁴³⁹ PUPPE, Ingeborg. NK. § 15, *op. cit.*, Rn. 71, p. 618.

⁴⁴⁰ PUPPE, Ingeborg. NK. § 15, *op. cit.*, Rn. 72, p. 618.

⁴⁴¹ PUPPE, Ingeborg. *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁴⁴² PUPPE, Ingeborg. *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁴⁴³ PUPPE, Ingeborg. NK. § 15, *op. cit.*, Rn. 69, p. 617.

Además, en determinados casos, el propósito del autor tiene una función decisiva para identificar el comportamiento peligroso, consistiendo, por sí solo, un factor de peligro⁴⁴⁵.

En suma, para PUPPE dolo es:

*“(...) la imagen del ilícito objetivo en la representación del autor, conectada con la conciencia de que la realización de ese injusto depende de su propia voluntad.”*⁴⁴⁶

Véase que, para esa teoría cognitiva, la distinción entre dolo directo de primer grado, de segundo grado y eventual pasa a no tener ningún resultado teórico o práctico, una vez que el criterio diferenciador para la caracterización del dolo es solamente la existencia de un método genéricamente idóneo para provocar el resultado, ante lo que PUPPE sugiere el abandono de esa tripartición conceptual⁴⁴⁷.

Por tanto, es posible decir que la tesis de PUPPE tiene en cuenta los siguientes criterios para el examen del dolo: (i) la magnitud del peligro, evaluada objetivamente por el Derecho, que enseña si la acción constituye un método idóneo para la realización del tipo objetivo de acuerdo con una estrategia racional; (ii) el conocimiento respecto de ese peligro, que puede ser un peligro de dolo o un peligro de imprudencia, de acuerdo con su apariencia (*Anschaulichkeit der Gefahr*)⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ PUPPE, Ingeborg. NK. § 15, *op. cit.*, Rn. 70, p. 617.

⁴⁴⁵ PUPPE, Ingeborg. NK. § 15, *op. cit.*, Rn. 77, p. 620.

⁴⁴⁶ PUPPE, Ingeborg. NK. § 15, *op. cit.*, Rn. 79, p. 635.

⁴⁴⁷ PUPPE, Ingeborg. NK. § 15, *op. cit.*, Rn. 114, p. 620.

⁴⁴⁸ Cf.: PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht: Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung*. 2ª ed. Baden-Baden: Nomos, 2011, pp. 112-116. Como consecuencia de lo que fue aquí expuesto, es posible afirmar también que para PUPPE los casos de imprudencia son aquellos en que existe un *peligro de imprudencia*, evaluado de acuerdo con el grado del peligro y de su apariencia. Cf. PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht: Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung, op. cit.*, p. 116.

No obstante el indudable mérito de la tesis de PUPPE, se puede criticar a la misma por partir de la premisa, a nuestro ver equivocada, de que es posible establecer un peligro objetivo, pero esa es una crítica que se desarrollará con mayor extensión en el momento oportuno de este trabajo⁴⁴⁹.

Además, PUPPE propone una clase de estandarización del concepto de persona racional, desconsiderando, pues, las vicisitudes del caso concreto, lo que puede exigir, en determinados casos, demasiado del autor, a veces, muy poco.

La referida estandarización llega también a algunos interrogantes, pues, a fin de cuentas, ¿qué es una persona racional? ¿Una persona racional desde la perspectiva de los intelectuales? ¿De los juristas? ¿De los obreros? ¿De los patrones? ¿Cuál es el criterio para definir persona racional y por qué todos los demás seres humanos deben seguirlo?

No se sabe bien. De tal manera se puede concluir que el aludido concepto de persona racional es aparentemente incompatible con el principio de la culpabilidad, además de no lograr ser un parámetro fiable para la caracterización del dolo.

Otro problema resulta de la alegación de que es el Derecho quien evalúa la magnitud del peligro. Esa metáfora genera más obscuridad que claridad a la teoría porque acaba permitiendo que “el Derecho” – que ni siquiera se sabe lo que eso significa – imponga desde arriba una significación arbitraria para el caso concreto, lo que resulta en una solución hartamente cuestionable.

Además, PUPPE afirma que: “Solo es posible distinguir dolo e imprudencia de modo racional por el grado de probabilidad que el autor atribuye a la existencia del dato incierto.” PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., p. 92. No llega, sin embargo, a problematizar o profundizar cuando específicamente se estaría delante de un peligro de imprudencia. Lo que hace es citar algunos ejemplos en que se está delante de un peligro de dolo y algunos de peligro de imprudencia. Cf.: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., p. 79 y ss.

⁴⁴⁹ A ese respecto, confírase capítulo IV, 2., 2.1., b.

e) Dolo y conocimiento como indiferencia

JAKOBS es, también, uno de los partidarios de la tesis de que el dolo debe prescindir de un elemento volitivo, una vez que defiende que: *“dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias”*⁴⁵⁰.

Así, sostiene que:

*“En la medida en que el autor persigue conscientemente con su actuación fines externos, también debe haber querido algo en el suceder externo, al menos la ejecución de la acción, aunque las consecuencias de la ejecución de la acción (en parte o todas) únicamente las haya percibido como dependientes de ésta.”*⁴⁵¹

En esos casos, continua JAKOBS, la consecuencia de la acción es observada, en una parte, por el curso causal querido y, en otra, mediante la percepción, no querida, del hecho dependiente de la acción⁴⁵².

Actualmente, el referido autor establece como criterio decisivo para la identificación del dolo la indiferencia por la realización del tipo⁴⁵³, no en un sentido psicológico, sino que manifestando una falta de fidelidad, en un sentido jurídico⁴⁵⁴.

En ese horizonte, afirma que el conocimiento no es *per se* el dolo, sino que es apenas un indicador para evaluar la existencia o no de la indiferencia⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte general, op. cit.*, p. 316.

⁴⁵¹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte general, op. cit.*, p. 316.

⁴⁵² JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte general, op. cit.*, p. 316.

⁴⁵³ JAKOBS, Günther. *Gleichgültigkeit als dolus indirectus, op. cit.*, p. 594.

⁴⁵⁴ JAKOBS, Günther. *Dolus Malus*. En *Festschrift für Rudolphi*. Neuwied: Luchterhand, 2004, p. 108.

⁴⁵⁵ JAKOBS, Günther. *Gleichgültigkeit als dolus indirectus, op. cit.*, p. 587.

Así, por ejemplo, los conocimientos que no son esperados por el Derecho, los conocimientos especiales – que no correspondan al rol del agente – y los conocimientos anclados en un exceso de escrupulosidad del autor, no son conocimientos que puedan indicar infidelidad al Derecho⁴⁵⁶.

De tal manera, JAKOBS propone que la distinción entre dolo e imprudencia se fundamente, no en la disyuntiva conocimiento/desconocimiento de la realización del tipo, sino que en “la irrelevancia para la decisión de una realización típica, al menos reconocible, versus el error sobre ella”⁴⁵⁷.

En otras palabras, lo que JAKOBS propone es que el dolo sea expresado por una relación de indiferencia del agente en relación al resultado, mientras que la imprudencia sea caracterizada por haber sido el resultado lesivo causado por un error del agente al actuar⁴⁵⁸.

Contra el uso del criterio de la indiferencia por JAKOBS cabe lanzar las mismas críticas realizadas en contra la teoría de la indiferencia de ENGISCH, en el sentido de que la indiferencia no puede ser un criterio adecuado para la definición de dolo⁴⁵⁹.

Además, cabe reprochar a la propuesta de JAKOBS que, una vez más, se invoque la ficción de que cabe al Derecho evaluar lo que es o no indiferencia, propuesta esa que permite, como ya advertido, una serie de injusticias e incomprensiones⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ JAKOBS, Günther. *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, op. cit., p. 587.

⁴⁵⁷ JAKOBS, Günther. *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, op. cit., p. 594.

⁴⁵⁸ Véase, además, que JAKOBS propone el torno al concepto de *dolus malus*. Cf.: JAKOBS, Günther. *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, op. cit. Tal posición es reafirmada en: JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*, op. cit., pp. 53 y ss. JAKOBS sostiene que: “El dolo típico y la conciencia de la antijuridicidad no pueden ser separados.” JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*, op. cit., p. 90.

⁴⁵⁹ Como se puede ver en el capítulo III, 1., 1.1., c.

⁴⁶⁰ También en el capítulo III, 1., 1.1., c.

Finalmente y como ya señalado cuando se habló sobre el fundamento del dolo, la justificación del dolo con bases en la idea de fidelidad jurídica, no parece ser la más adecuada desde el punto de vista político-criminal⁴⁶¹.

2.3. Balance general de las teorías normativas

Pese que las teorías normativas no han sido capaces de presentar una solución satisfactoria para el problema del dolo, no hay duda de que representarían un intento que no puede ser ignorado respecto del tema.

Ello se debe a que muestran una preocupación por huir de posiciones que tornaban prácticamente imposible la aplicación efectiva de la teoría del dolo, aunque en muchas teorías no se logró, como se verá con mayor detalle en la continuación de este trabajo, efectivamente librarse de algunos resquicios psicológicos de uno o de otro elemento del dolo.

Del mismo modo, el intento de objetivación del peligro también tiene los méritos de rechazar cualquier concepción que deje en las manos del agente la decisión potestativa respecto del carácter doloso o no de su acción.

Ello no quiere decir, sin embargo, que las propuestas normativas deben ser adoptadas, sino que, más bien, que tienen el mérito de arrojar luz sobre los serios problemas existentes en las teorías psicológicas.

Ante todo eso, el próximo desafío de este trabajo es, en primer lugar, intentar aclarar los equívocos gramaticales entrañados tanto en las teorías psicológicas, cuanto normativas, presentando las bases filosóficas que parecen ser las más adecuadas para la construcción dogmática de la teoría del dolo y, en un segundo momento, desarrollar algunas ideas que sean útiles en la discusión y aplicación práctica respecto del tema, ancladas en la innovadora perspectiva pragmático-lingüística propuesta especialmente por WITTGENSTEIN, en la segunda fase de su carrera filosófica.

⁴⁶¹ Véase la crítica expuesta en el capítulo II, 1., 1.2.

CAPÍTULO IV

CRÍTICA FILOSÓFICA A LAS TEORÍAS TRADICIONALES DEL DOLO

En el capítulo anterior, se realizó una exposición acerca de las principales teorías del dolo, al mismo tiempo en que se apuntaron algunas críticas manifestadas en contra de la adopción de cada una de ellas.

Las referidas críticas, sin embargo, tenían como foco central la indicación de las contradicciones internas, de las dificultades prácticas e incluso de los problemas político-criminales que esas propuestas entrañaban.

Sin embargo, ahora ha llegado el momento de profundizar en esa crítica, utilizando como instrumento la fuerza argumentativa de los desarrollos de la filosofía, lo que involucra necesariamente una inmersión en su complejo mundo, una vez que en *“filosofía no hay aguas poco profundas”*⁴⁶², siendo que *“todo aprendiz de filósofo tiene que luchar para no ahogarse”*⁴⁶³.

A partir de esa visión compleja - cuya fuerza no proviene de un argumento de autoridad⁴⁶⁴, sino que de la potencia argumentativa de sus razones - será posible abrir nuevos horizontes para la comprensión del dolo.

La confianza en que las contribuciones de la filosofía pueden ayudar sobremanera a la teoría del dolo está fundada en la constatación de que la crítica y superación sucesiva de las teorías del dolo, muchas veces, se dieron de modo muy darwiniano. Es decir, en general, los autores presentaban

⁴⁶² KENNY, Anthony. *História concisa da filosofia ocidental*. Lisboa: Temas e Debates Actividades Editoriais, 1999, p. 14.

⁴⁶³ KENNY, Anthony. *História concisa da filosofia ocidental*, op. cit., p. 14.

⁴⁶⁴ Sobre una crítica del uso de la filosofía como argumento de autoridad para la comprensión del dolo, cf.: GRECO, Luís. *Neue Wege der Vorsatzdogmatik – Eine Auseinandersetzung mit drei neuen Monographien zum Vorsatzbegriff*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 2009, p. 819.

nuevas propuestas de modo enteramente intuitivo, en una clase de selección natural. Se dejaba de lado lo que parecía problemático y se proponía, muchas veces sin ninguna fundamentación teórica más sólida, nuevas tesis que instintivamente parecían ofrecer un mejor camino, una comprensión más adecuada para identificar el dolo⁴⁶⁵.

Ante ese panorama, es que resulta importante identificar los modelos filosóficos que apoyaron tanto las teorías psicológicas, como las teorías normativas del dolo, para, entonces, en un segundo momento, intentar exponer sus defectos y criticar la raíz de sus fundamentos.

Con esas críticas, empero, no se pretende desprestigiar ni menospreciar las grandes contribuciones teóricas ofrecidas por los penalistas que patrocinaron las tesis precedentes acerca del dolo.

Todo lo contrario. Como bien asevera KENNY, cuyas palabras aquí se suscribe:

*"(...) al lanzarme así en la discusión con los grandes espíritus del pasado no pretendo faltarles con el respeto. Es así que se toma en serio un filósofo: no repitiendo como un loro su texto, sino que peleándose con él y aprendiendo con sus puntos fuertes y con sus puntos débiles."*⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ Sobre esa forma de desarrollo de las teorías penales, VIVES ANTÓN afirma: "En efecto, de una parte el método de la investigación científica, que los cultivadores de la dogmática intentan practicar, no se halla orientado al consenso sino al disenso: se trata, para expresarlo en los términos de Popper, de poner en práctica continuos intentos de refutación de las viejas teorías, aceptándolas sólo provisionalmente, en tantos dichos intentos fracasan. La aplicación de ese método a la interpretación jurídica produce un resultado disolvente, pues en ella no puede apelarse, ni siquiera en última instancia, a una experiencia que decida si una determinada 'teoría' interpretativa es mejor que otra. La decisión se toma, pues, sobre la base de criterios valorativos, en los que el papel de la subjetividad es decisivo e ineliminable, con lo que cada investigador se aferra a 'su' teoría, o a 'su' sistema, que, innecesario es decirlo, son los que más le convencen." VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 772.

⁴⁶⁶ KENNY, Anthony. *História concisa da filosofia ocidental*, op. cit., p. 14.

Con eso se dará un paso más en la búsqueda de una nueva propuesta para la comprensión del dolo, pero ahora de modo atento para no caer en las trampas filosóficas que continuamente dificultan la vida de los penalistas que estudian ese tema.

1. CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DEL DOLO PSICOLÓGICO

Las teorías que propugnan la adopción de un dolo psicológico pueden ser clasificadas, desde una perspectiva filosófica, como defensoras de un ontologismo subjetivista, una vez que parten de la premisa de que los conceptos psicológicos, que caracterizan el dolo, son fenómenos mentales, entidades o algo que pasa en la mente o cabeza de los individuos⁴⁶⁷.

De acuerdo con las concepciones psicológicas, la tarea del penalista, en la búsqueda por el concepto de dolo, consistiría en identificar, de modo más perfecto posible, cuál es precisamente ese dato psicológico-ontológico que se adjetiva como doloso⁴⁶⁸.

Es justamente por eso que los partidarios de las teorías de cariz psicológico imaginan que la condición ideal para la comprobación del dolo sería que el juez pudiera ‘ver’ lo que pasa en la cabeza del agente mientras ese comete el delito⁴⁶⁹ y, así, constatar empíricamente, con sus “*proprios ojos*”, la ocurrencia fáctica del estado mental que refleja el dolo.

⁴⁶⁷ GLOCK, Hans-Johann. *Concepts: Between The Subjective and the Objective*. En *Mind, Method, and Morality: Essays in Honor of Anthony Kenny*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 307.

⁴⁶⁸ De acuerdo con LAURENZO COPELLO, en esa perspectiva ontológica: “*el contacto psicológico propio del delito doloso aparece como una cuestión predeterminada por el objeto sobre el que actúa el Derecho penal, por la realidad que éste regula.*” LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*, op. cit., p. 208. Ya HASSEMER afirma: “*(...) el dolo caracteriza fenómenos internos del individuo agente, que se refieren al acontecer externo; el sustrato del dolo solo puede residir en la voluntad y la representación de la persona y no en aquello que es externo a él.*” HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 71.

⁴⁶⁹ La afirmación de RAGUÉS I VALLÈS deja bien clara a la encrucijada a que una concepción psicológica-ontológica de dolo nos lleva: “*El juez que quiera ser fiel a las exigencias de la concepción psicológica de la ‘determinación del dolo’ y, por tanto, sólo condenar por delito doloso cuando consiga acreditar fehacientemente determinados fenómenos psicológicos ajenos y pretéritos, cuenta con un instrumental bastante precario para cumplir con su propósito. Dicho instrumental se*

En esa situación ideal, el juez podría decir sin dudas y con gran tranquilidad: ¡El agente actuó con dolo!

Sin embargo, ese ontologismo subjetivista, como se ha visto, no ha tenido mucho éxito en sus intentos de evolución, una vez que las teorías que son partidarias de esa tesis, en sus tentativas de desarrollo, se han limitado a emprender simples cambios en las etiquetas que nombran el dolo.

Voluntad, consentimiento, aprobación, indiferencia, voluntad de evitación, tomarse en serio. Esos fueron los principales intentos de mejora de las teorías psicológicas.

Sus defensores, entre tanto, no se dieron cuenta de que los sucesivos cambios de nomenclatura no llegan a afectar el problema de fondo que permanece siempre presente en sus propuestas⁴⁷⁰. El problema de la adopción, generalmente inconsciente, como base teórica, de las premisas de la concepción cartesiana de la mente.

Por ello, como un primer paso para el enfrentamiento crítico de las bases filosóficas de esas teorías, es fundamental que se examine las aludidas premisas de la concepción cartesiana de la mente, presentando también cuales son, de acuerdo con la opinión que aquí se comparte, los problemas y equívocos teóricos que derivan de su adopción.

reduce, siendo optimistas, a unas pocas reglas de la psicología que le dicen cuándo no existe el conocimiento necesario para el dolo y a unos cuantos enunciados basados en la experiencia cotidiana que difícilmente va a poder aplicar para resolver un solo caso, por presuponer éstos una inmediatez al momento del delito que no suele darse en el juicio oral. Todo los demás medios probatorios incorporan un cierto grado de riesgo de que los hechos que se den por probados no coincidan con los fenómenos psicológicos realmente acaecidos en el fuero interno del sujeto.” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El dolo y su prueba en el proceso penal, op. cit., p. 259.

⁴⁷⁰ Como advierte HACKER: “Nada puede ser más equivocado que suponer (...) que errores y confusiones en psicología pueden ser solucionadas por la introducción de nuevos nombres.” HACKER, Peter. *The Development of Wittgenstein’s Philosophy of Psychology*. En *Mind, Method, and Morality: Essays in Honor of Anthony Kenny*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 291-292.

1.1. Dolo y la concepción cartesiana de la mente

Las concepciones psicológicas, que asientan sus bases sobre la existencia de lo mental, tienen como trasfondo teórico la filosofía de Descartes, con su *“teoría de la naturaleza de la mente como una substancia sui generis, cuya naturaleza es absolutamente extraña a de la materia”* y que, actualmente, es más conocida como la doctrina del dualismo cartesiano⁴⁷¹.

La tesis central de DESCARTES mantiene que:

“(...) este yo, es decir, el alma, por la cual yo soy lo que soy, es enteramente distinto del cuerpo y hasta más fácil de conocer que éste y, aunque el cuerpo no fuese, el alma no dejaría de ser cuanto es.” ⁴⁷²

Además, razona que:

“Y porque él [el alma] es de una naturaleza que no tiene relación alguna con la extensión ni con las dimensiones o con las propiedades de la materia de que el cuerpo se compone, sino solamente con el conjunto de sus órganos, como trasparece del hecho de que no se podría en modo alguno concebir la mitad, o la tercera parte de un alma, ni que extensión ocupa, y de que no deviene más pequeña si se corta alguna parte del cuerpo, sino que se separa enteramente de él, cuando se disuelve el conjunto de sus órganos.” ⁴⁷³

⁴⁷¹ COTTINGHAM, John. *Introdução*. En Descartes: coleção Companions & Companions. Trad. André Oides. Aparecida: Ideias & Letras, 2009, p. 22.

⁴⁷² DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 39.

⁴⁷³ DESCARTES, René. *As Paixões da Alma*. En Os Pensadores. 2ª ed. São Paulo: Editora Abril, 1979, p. 228.

DESCARTES sostiene, pues, una distinción real entre mente y cuerpo⁴⁷⁴, es decir, la conciencia es algo *sui generis*, totalmente separado de los eventos corpóreos de cualquier tipo, estando, así, inmune a los efectos de la disolución corporal⁴⁷⁵.

Por ello es que la doctrina de DESCARTES es conocida, también, como dualismo de substancias, una vez que defiende la existencia de la mente (*res cogitans*) y de su extensión, el cuerpo (*res extensa*), en que éste, el cuerpo, aunque unido a la mente, es perfectamente separable de ella.

Además, de acuerdo con la doctrina cartesiana, cuerpo y mente actúan recíprocamente de modo causal, es decir, el impacto de corpúsculos en el cuerpo genera sensaciones y percepciones en la mente, y la mente es la causa del movimiento del cuerpo⁴⁷⁶.

Para DESCARTES la mente es transparente para el sujeto y su contenido es privadamente poseído y epistemológicamente exclusivo. El contenido de la propia mente es indudable para el sujeto⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ COTTINGHAM, John. *Dualismo cartesiano: teología, metafísica e ciência* en Descartes: coleção Companions & Companions. Trad. André Oides. Aparecida: Ideias & Letras, 2009, p. 285.

⁴⁷⁵ COTTINGHAM, John. *Dualismo cartesiano*, op. cit., p. 292. Véase que DESCARTES no hacía una diferenciación entre mente y alma, siendo esos, pues, conceptos intercambiables en su teoría. Cf.: COTTINGHAM, John. *Dualismo cartesiano*, op. cit., p. 285.

⁴⁷⁶ HACKER, P. M. S. *Human Nature: The Categorical Framework*. Sussex: Wiley-Blackwell, 2010, pp. 24-25. Respecto de la tesis de que la mente es la causa de los movimientos corpóreos, véase lo que proclama VIVES ANTÓN, con base en la crítica que RYLE hace a DESCARTES: "Mentes y cuerpos se describen como entidades contrapuestas: la mente es incorpórea, no se halla sometida a las leyes de la naturaleza, etc. Desde ese punto de partida, si se admiten relaciones causales entre la mente y el cuerpo, se inserta la mente en el ámbito de la causalidad natural – donde no parece que pueda tener cabida – y, si no se admiten, no puede explicarse la acción por ella. Ni siquiera el propio sujeto, aun suponiendo que conociese que había llevado a cabo un acto de voluntad antes de apretar el gatillo, podría saber si el hecho de que lo apretase fue un efecto de su volición, pues la conexión entre una y otro permanece también en el misterio para el que actúa." VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 168.

⁴⁷⁷ HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., p. 241.

La mente, de acuerdo con la concepción cartesiana, es pues transparente e inaccesible a terceros, conforme explica HACKER:

*“La mente era supuestamente transparente. Los pensamientos eran tomados como objetos luminosos de un conocimiento indubitavelmente privado e indudable: si uno tiene cierto pensamiento (siente dolor, parece percibir, imagina, piensa, juzga, comprende, siente pasión, quiere), aprehende inmediatamente, indubitavelmente e infaliblemente lo que hace. No hay nada en la mente que no sea iluminado por la luz de la consciencia. La luz de la mente cartesiana no proyecta sombra. Pero otras personas no pueden tener consciencia inmediata sobre lo que se pasa en la mente de otro. Ellas solamente pueden observar externalidades – movimientos corporales – e inferir probabilística y analógicamente los pensamientos que pasan en la mente de cuya persona se observa el cuerpo.”*⁴⁷⁸

Así, es posible decir que el dualismo cartesiano defiende que: (i) la mente es una substancia distinta del cuerpo y nuestros pensamientos e intenciones son objetos incorpóreos; (ii) la primera persona tiene acceso inmediato y privilegiado a lo que pasa en nuestra mente, pudiendo acceder a ello por medio de la introspección, mientras que terceras personas solamente pueden tener acceso a lo que pasa en el interior de la primera persona por medio indirecto, es decir, observando su conducta, sus externalidades; y (iii) la relación de la persona con su conocimiento se da por medido de un lenguaje privado, una vez que solamente la primera persona puede tener acceso a lo que pasa en su interior⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., p. 242.

⁴⁷⁹ De acuerdo con RYLE, para la teoría de DESCARTES, que llamaba de doctrina oficial: “Las operaciones de la mente no son observables y su desarrollo es privado. Sólo yo puedo tener conocimiento directo de los estados y procesos de mi propia mente. En consecuencia, toda persona vive dos historias paralelas: una está formada por lo que le acaece a su cuerpo y la otra por lo que le acaece a su mente. La primera es pública; la segunda, privada. Los eventos que forman la primera historia

Esas premisas acerca de lo mental siguen todavía teniendo gran aceptación en muchos ámbitos del conocimiento, llegando al punto de que HACKER designe la concepción cartesiana de la mente como un virus para el pensamiento humano y que, todavía hoy, atormenta filósofos, psicológicos, neurocientíficos⁴⁸⁰.

En adición, la concepción cartesiana ha asumido, en la actualidad, una “*forma mutante*”⁴⁸¹, pues lo que anteriormente se propugnaba como una separación tajante entre las sustancias de la mente y cuerpo, actualmente es visto como una separación entre cerebro y cuerpo, pasándose, así, a adscribir al cerebro los atributos psicológicos que anteriormente se imputaban a la mente⁴⁸².

En el ámbito del Derecho penal, especialmente en lo que toca a la teoría del dolo, como ya se ha adelantado, es fácilmente constatable la contaminación “*del virus*” del dualismo cartesiano que, en mayor o menor grado, acomete, incluso, a grandes penalistas, desde los clásicos, como von HIPPEL⁴⁸³ y SCHRÖDER⁴⁸⁴, hasta juristas contemporáneos como HASSEMER⁴⁸⁵, SCHÜNEMANN⁴⁸⁶, ROXIN⁴⁸⁷, JAKOBS⁴⁸⁸, FRISCH⁴⁸⁹, MUÑOZ CONDE⁴⁹⁰, DÍAZ PITA⁴⁹¹, RAGUÉS I VALLÈS⁴⁹² y PÉREZ BARBERÁ⁴⁹³.

pertenecen al mundo físico; los de la segunda, al mundo mental.” RYLE, Gilbert. El concepto de lo mental. Introducción de Daniel C. Dennet. Barcelona: Paidós, 2005, p. 25.

⁴⁸⁰ HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., p. 242.

⁴⁸¹ HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., p. 242.

⁴⁸² HACKER, Peter; BENNETT, Maxwell. *Fragments de Philosophical Foundations of Neuroscience*. En *La Naturaleza de la conciencia: cerebro, mente y lenguaje*. Madrid: Paidós, 2008, p. 118.

⁴⁸³ HIPPEL, Robert von. *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, op. cit., pp. 140-141.

⁴⁸⁴ SCHRÖDER, Horst. *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, op. cit., p. 237.

⁴⁸⁵ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 82.

⁴⁸⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., p. 435.

⁴⁸⁷ Eso por qué la palabra decisión tiene un sentido cotidiano umbilicalmente relacionado a algo psicológico, aunque ROXIN insista en decir que se trata de un concepto normativo (Cf.: ROXIN, Claus. *Über den ‘Dolus Eventualis’*, op. cit., pp. 1214-1215), negando esplicitamente que

De ahí resulta la importancia para el Derecho penal que se examine las críticas de la filosofía contemporánea lanzadas en contra de la visión cartesiana de la mente, que se encuentra hoy en día nítidamente descompasada con la mayoría de los enfoques filosóficos recientes respecto del fenómeno de la conciencia y de la mente⁴⁹⁴.

La visión cartesiana de la mente (o del cerebro) involucra, por lo menos, tres principales problemas para la comprensión del dolo: (i) la comprensión de la intención como algo incorpóreo; (ii) la doctrina del acceso privilegiado y (iii) la posibilidad de un lenguaje privado⁴⁹⁵.

su teoría tenga cualquier rasgo psicológico, cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, op. cit., p. 429.

⁴⁸⁸ Correctamente PÉREZ BARBERÁ llama de psicológica la nueva tesis sobre el dolo de JAKOBS: “La crítica principal que, a nuestro juicio, merece este posicionamiento más reciente de JAKOBS respecto al concepto de dolo residente en que éste – sin dudas contra el deseo del autor – permanece de lleno dentro del paradigma psicologista. Porque la indiferencia no es otra cosa que un estado mental más, que debe comprobarse empíricamente al igual que cualquier otro estado mental, y que corresponde enjuiciar jurídicamente para determinar su relevancia para un eventual reproche doloso.” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, op. cit., p. 443.

⁴⁸⁹ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, op. cit., pp. 168-169.

⁴⁹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., pp. 268 y ss.

⁴⁹¹ DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*, op. cit.

⁴⁹² RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, op. cit.

⁴⁹³ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, op. cit.

⁴⁹⁴ COTTINGHAM, John. *Introdução*, op. cit., p. 22.

⁴⁹⁵ HABERMAS bien sintetiza las bases de la filosofía del sujeto, extraídas del dualismo cartesiano: “El marco conceptual básico de la filosofía del sujeto ha sido sometido a una crítica implacable por parte de Peirce, Wittgenstein y Heidegger. Rorty utiliza argumentos contemporáneos (entre otros, de Sellars, Quine y Davidson) para poner en evidencia – con propósitos de crítica de la razón – los supuestos mentalistas de fondo de la teoría del conocimiento. Las ideas de ‘autoconciencia’ y ‘subjetividad’ implican que el sujeto cognoscente, cuando no se orienta directamente a los objetos sino que se dirige de un modo reflexivo a sus propias representaciones de éstos, puede abrir una esfera privilegiada de vivencias inmediatamente accesibles y absolutamente ciertas. La separación entre lo interno y lo externo – es decir, un dualismo de mente y cuerpo que apela al acceso privilegiado de la primera persona a sus propias vivencias – es constitutiva para la teoría clásica del conocimiento. La

Cada uno de esos problemas merecerá, a continuación, un examen individualizado.

Antes de ello, sin embargo, es importante subrayar que la concepción de DESCARTES, como afirmó VIVES ANTÓN, es sólo un punto de partida⁴⁹⁶. Hay otras teorías diversas y propuestas, en la filosofía de la mente, que buscan explicar la mente humana, tales como: (i) el dualismo de sustancias, en que se defiende que “*el cuerpo y sus partes son materia física mientras que la mente no lo es*”⁴⁹⁷ y cuya base central es el ya citado dualismo cartesiano⁴⁹⁸; (ii) el monismo materialista, en que se propugna que lo mental no es un estado espiritual, sino que un estado de la materia⁴⁹⁹, se sostiene así que solo hay un mundo y que espíritu y físico pertenecen a la misma categoría⁵⁰⁰; (iii) las

autoridad epistémica de la primera persona se nutre de las fuentes de tres supuestos que conforman todo un paradigma: – que conocemos nuestros estados mentales mejor que todo lo demás; – que el conocer se produce esencialmente bajo el modo de la representación de objetos, y – que la verdad de los juicios se apoya en evidencias que garantizan la certeza.” HABERMAS, Jürgen. Verdad y justificación, op. cit., pp. 228-229.

⁴⁹⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal, op. cit.*, pp. 163 y ss.

⁴⁹⁷ DAMASIO, Antonio. *En busca de Spinoza: neurobiología de la emoción y los sentimientos*. Trad. Joandoménc Ros. Barcelona: Critica, 2007, p. 178.

⁴⁹⁸ Es posible citar como defensores del dualismo: (i) la teoría de la armonía preestablecida de LEIBNIZ; (ii) el paralelismo ocasionalista de MALEBRANCHE y (iii) el epifenomenalismo de HUXLEY. En ese sentido confiérase: PORCIÚNCULA NETO, José Carlos Nobre. *La ‘exteriorización de lo interno’: Sobre la relación entre lo ‘objetivo’ y lo ‘subjetivo’ en el tipo penal*. Tesis Doctoral. Universidad de Barcelona, 2012, pp. 34 y ss.

⁴⁹⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal, op. cit.*, p. 169 y ss. Como ejemplos de teorías monistas materialistas, es posible citar: (i) la tesis de la identidad psiconeural de PLACE y SMART; (ii) el eliminativismo clásico de FEYERABEND, RORTY y QUINE; y (iii) el eliminativismo contemporáneo de CHURCHLAND. En ese sentido confiérase: PORCIÚNCULA NETO, José Carlos Nobre. *La ‘exteriorización de lo interno’, op. cit.*, pp. 49 y ss.

⁵⁰⁰ BUNG, Jochen. *Wissen und Wollen im Strafrecht*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2009, p. 54.

concepciones funcionalistas, que caracterizan los estados mentales de acuerdo con las funciones que desempeñan en la estructura de la mente⁵⁰¹, etc., etc.⁵⁰²

En este trabajo, entre tanto, no será posible tratar todas las referidas teorías relativas a la filosofía de la mente, dada su amplitud y complejidad y porque ello importaría en una distorsión de los objetivos aquí pretendidos.

A pesar de ello, para la refutación de las referidas teorías y de las teorías tradicionales del dolo, bastará exponer la crítica wittgensteiniana en contra las bases de la teoría del dualismo cartesiano, así como explicar lo que WITTGENSTEIN y sus seguidores proponen como camino adecuado para la filosofía de la mente, con lo que ya es posible rechazar las demás propuestas ofrecidas y seguir el camino seguro ofrecido por el referido filósofo vienés.

a) La crítica a la comprensión de la intención como algo incorpóreo

La idea de que el pensamiento es algo incorpóreo deriva de la visión cartesiana de la mente y parte de la concepción de que “*lo mental*” es algo

⁵⁰¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 176 y ss. Como ejemplos de teorías funcionalistas: (i) el funcionalismo de máquina de TURING y PUTNAM; (ii) el psicofuncionalismo de FODOR y (iii) el funcionalismo teleológico-homuncular de DENNET. En ese sentido confiérase también: PORCIÚNCULA NETO, José Carlos Nobre. *La ‘exteriorización de lo interno’*, op. cit., pp. 60 y ss.

⁵⁰² Respecto de estudios un poco más profundizados y amplios sobre la filosofía de la mente, aunque también de carácter introductorio, confiérase: CHURCHLAND, Paul. *Matter and Consciousness: a contemporary introduction to the philosophy of mind*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1992; MCGINN, Collin. *Minds and Bodies: Philosophers and their ideas*. New Your/Oxford: Oxford University Press, 1997. En el ámbito del Derecho penal: BUNG, Jochen. *Wissen und Wollen im Strafrecht*, op. cit., pp. 68 y ss.; PORCIÚNCULA NETO, José Carlos Nobre. *La ‘exteriorización de lo interno’*, op. cit.; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*. En *Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer, 2013; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., pp. 161 y ss.

interno e incorpóreo, mientras que “*el cuerpo*” es la parte externa y física de los seres humanos. Además, de acuerdo con esa visión, se sostiene que esas dos sustancias son perfectamente distintas y separables, muchas veces, también, se ha afirmado que es el cerebro humano el que piensa o tiene intenciones.

De acuerdo con la crítica formulada por WITTGENSTEIN, comprender el pensamiento o la intención como un proceso incorpóreo genera confusiones y equívocos:

*“(...) el hablar del pensamiento como de una ‘actividad mental’ produce confusión. Podemos decir que pensar es esencialmente la actividad de operar con signos. Esta actividad es realizada por la mano, cuando pensamos escribiendo; por la boca y la laringe, cuando pensamos hablando; y si pensamos imaginando signos o imágenes, no puedo indicarles un agente que piense. Si se dice entonces que en estos casos es la mente la que piensa, yo llamaría solamente la atención sobre el hecho de que se está utilizando una metáfora, de que aquí la mente es un agente en un sentido diferente de aquel en que puede decirse que la mano es el agente al escribir.”*⁵⁰³

De tal manera, continua WITTGENSTEIN:

“(...) pensar no es un proceso incorpóreo que dé vida y sentido al hablar y que pueda separarse del hablar, algo así como el Maligno tomó la sombra de Schlemiel del suelo. - ¿Pero cómo: ‘no es un proceso incorpóreo’? ¿Es que conozco procesos incorpóreos, pero el pensar no es uno de ellos? No; me ayudé de la expresión ‘proceso incorpóreo’ en mi perplejidad cuando quería explicar el significado de la palabra ‘pensar’ de manera primitiva.

Pero podría decirse ‘Pensar es un proceso incorpóreo’ si con ello se quisiera distinguir la gramática de la palabra ‘pensar’ de la palabra ‘comer’, por

⁵⁰³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Los Cuadernos Azul y Marrón*. Madrid: ed. Tecnos, 2003, p. 33.

ejemplo. Sólo que parece empequeñecerse con ello la diferencia de significados (es como si se dijera: las cifras son objetos reales, los números no-reales)." ⁵⁰⁴

Lo que WITTGENSTEIN quiere poner de relieve es que comprender el pensamiento (y también la intención, que es lo más importante para este trabajo) como un proceso incorpóreo lleva a equívocos⁵⁰⁵, una vez que fija la atención en una similitud de la gramática superficial de la palabra pensar⁵⁰⁶.

Tal entendimiento nos distancia de un análisis más cuidadoso de los diferentes usos del "*pensar*", bajo la justificativa de que hay una categoría supuestamente aceptable para la comprensión del pensar, es decir, el pensar como proceso mental⁵⁰⁷.

El análisis correcto en ese caso, de acuerdo con WITTGENSTEIN, es observar el pensamiento y los variados usos del término pensar y no simplemente decir que pensar es un proceso incorpóreo⁵⁰⁸.

Así, solamente analizando los diversos usos del "*pensar*" o del "*tener intenciones*" es posible ver la evidencia de que el pensamiento o la intención

⁵⁰⁴WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., §339, p. 265.

⁵⁰⁵ Según ese autor, "*quizá la razón principal por la que tenemos una inclinación tan grande a hablar de la cabeza como del lugar de nuestros pensamientos es ésta: la existencia de las palabras 'pensar' y 'pensamiento' junto a las palabras que denotan actividades (corporales), tales como escribir, hablar, etc., nos hace buscar una actividad, diferente de éstas, pero análoga a ellas, que corresponda a la palabra 'pensar'. Cuando las palabras tienen prima facie en nuestro lenguaje ordinario gramáticas análogas, nos inclinamos a intentar interpretarlas análogamente; es decir, tratamos de hacer valer la analogía en todos los campos.*" WITTGENSTEIN, Ludwig. *Los Cuadernos Azul y Marrón*, op. cit., pp. 33-34.

⁵⁰⁶ HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays, op. cit., p. 184.

⁵⁰⁷ HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays, op. cit., p. 184.

⁵⁰⁸ HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays, op. cit., p. 184.

no son solamente procesos internos e incorpóreos, no son simples actividades de la mente *"en el mismo sentido de que escribir es una actividad de la mano"*⁵⁰⁹.

El pensar puede ser un pensar escribiendo, un pensar hablando, un pensar esculpiendo, o también, el pensar como simple actividad de operar signos lingüísticos, es decir, el pensar y la intención pueden tomar parte de una multitud de juegos de lenguaje⁵¹⁰.

Así, cuando uno habla pensado o piensa en voz alta no hay, como pretende el dualismo, dos procesos simultáneos ocurriendo, el discurso y un desfile de significados en mi mente. El mismo lenguaje es el vehículo del pensamiento⁵¹¹.

Lo que yo digo es lo que pensé, no es una descripción de otra cosa, que sería mi pensamiento verdadero. La frase que pronuncio no es una

⁵⁰⁹ HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the *Philosophical Investigations* (Vol. 3) Part I, essays, *op. cit.*, p. 184.

⁵¹⁰ Acerca de los múltiples usos de la palabra pensar, WITTGENSTEIN apunta que: "110. 'Pensar', he ahí un concepto terriblemente ramificado. Un concepto que abarca múltiples manifestaciones de la vida. Los fenómenos del pensar son muy distintos entre sí. 111. No estamos preparados en absoluto para la tarea de describir el uso, pongamos por caso, de la palabra "pensar". (¿Y por qué deberíamos estarlo? ¿Para qué sirve tal descripción?) Y la idea ingenua que uno se forja de aquello en nada corresponde a la realidad. Esperamos ver un contorno liso y regular, y lo que obtenemos es uno fragmentado. Aquí realmente se podría decir que nos formamos una imagen falsa. 112. De esta palabra no se debe esperar que tenga una aplicación homogénea; más bien debe esperarse lo contrario. 113. ¿De dónde sacamos el concepto 'pensar' que queremos examinar aquí? Del lenguaje cotidiano. A lo que se dirige nuestra atención, en primer lugar, es a la palabra "pensar". Pero el uso de esta palabra es confuso. Y no podemos esperar otra cosa. Y eso, desde luego, puede decirse de todos los verbos psicológicos. Su aplicación no es clara ni tan fácil de resumir como ocurre, pongamos por caso, con la de los términos de la mecánica. 114. Uno aprende la palabra 'pensar', esto es, su uso, en determinadas circunstancias que, a pesar de todo, no aprende a describir." WITTGENSTEIN, Ludwig. *Zettel*. México/DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, §§ 110-114.

⁵¹¹ "Cuando pienso con el lenguaje, no me vienen a las mentes 'significados' además de la expresión verbal, sino que el lenguaje mismo es el vehículo del pensamiento." WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, *op. cit.*, § 329, p. 261.

traducción de mis pensamientos del “mentales” para al castellano. Pensar no es un proceso que ocurre por detrás de la expresión⁵¹².

Además, es muy importante tener clara la advertencia de GLOCK:

*“La esfera mental no es una ficción, ni tampoco se oculta por detrás de lo que es externo. Ella se encuentra infundida en nuestro comportamiento y es en él que gana expresión”.*⁵¹³

Pero alguien podría indagar: ¿Pero yo experimento determinados estados mentales que nadie, más que yo, sabe, tales estados, entonces, no son internos o incorpóreos?

A esa importante pregunta, la contestamos con GLOCK:

*“En esos casos, entre tanto, no estamos tratando con un sentido interno misterioso; simplemente observamos, con mayor o menor precisión y competencia y durante un cierto período de tiempo, el modo como nuestros pensamientos, sentimientos y disposiciones se modifican.”*⁵¹⁴

⁵¹² HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays, *op. cit.*, p. 171. WITTGENSTEIN afirma: “Aunque llegamos a veces ‘pensar’ a acompañar la oración con un proceso mental, no es, sin embargo, ese acompañamiento lo que llamamos ‘pensamiento’”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, *op. cit.*, § 332, p. 261.

⁵¹³ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, *op. cit.*, p. 218.

⁵¹⁴ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, *op. cit.*, p. 219. Sobre el tema, APEL afirma lo siguiente: “El caso de un juicio solitario – por ejemplo, de un juicio de percepción acerca de algún estado de cosas dado – puede ser explicado fácilmente como el caso del ‘diálogo silencioso del alma consigo misma’ (Platón). Y parece claro que este ‘diálogo silencioso’ después del giro lingüístico puede ser entendido solamente como una internalización del diálogo público normal a través del lenguaje. Si no fuera así, no podríamos comprender que inclusive un juicio solitario de percepción participa de una interpretación pública del mundo.” APEL, Karl-Otto. *Semiótica filosófica*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2009, p. 192.

Además, incluso en esos casos, de algún sentimiento no compartido con terceros, ellos pueden ser expresados por el comportamiento, aunque muchas veces de modo sutil, como, por ejemplo, con una cara de espanto, de tristeza, de miedo, de alegría, etc. Y también son explicados por los antecedentes y circunstancias.

Lo importante, entre tanto, para este trabajo es fijar la atención en la idea de que la intención (y consecuentemente el dolo) es manifestada por una acción significativa y no por algo interno⁵¹⁵.

Es justamente de esa manera que WITTGENSTEIN pone de manifiesto el carácter pragmático-lingüístico de la intención, del querer:

*“El querer, si no es una especie de desear, debe ser el actuar mismo. No puede detenerse antes del actuar’. Si es el actuar, entonces lo es en el sentido usual de la palabra; o sea: hablar, escribir, andar, levantar algo, imaginarse algo. Pero también: tratar de, intentar, esforzarse por hablar, escribir, levantar algo, imaginarse algo, etc.”*⁵¹⁶

Evidentemente que no se niega que nuestras intenciones pueden ser acompañadas de sentimientos característicos, de sinapsis neurológicas y actividades fisiológicas – a fin de cuentas, *“no hay duda de que el desarrollo del*

⁵¹⁵ Precisamente en ese sentido VIVES ANTÓN concluye: *“De modo que el querer se manifiesta en las acciones que se realizan efectivamente, la mayoría de las cuales son visibles para los demás, públicas; y, si ello es así, resulta inevitable modificar nuestro modo de acercarnos al problema del dolo. Pues, ciertamente, como ha subrayado Ramos, hacen falta criterios externos para determinar cuándo podemos decir que una acción determinada es o no dolosa; pero no se trata de criterios externos a partir de los cuales pueda inducirse la existencia o inexistencia de determinados procesos internos; sino que ‘tal dicotomía no existe’: determinan el uso de la palabra y, por lo tanto, los criterios son constitutivos, el dolo es siempre, por lo tanto, dolus in re ipsa.”* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 656.

⁵¹⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., §615.

cerebro es una condición biológica para la posibilidad del espíritu y en la misma medida del lenguaje"⁵¹⁷ - pero tales operaciones no son las intenciones⁵¹⁸, tampoco los significados de nuestro lenguaje.

Por otra parte, también se debe rechazar el paralelismo que se nos pretende imponer, es decir, que la *res cogitans* se manifiesta internamente, de modo paralelo a lo que se manifiesta la *res extensa* en el mundo exterior. Del mismo modo, ha de refutarse la atribución a la mente o al cerebro de funciones similares a las que realiza nuestro cuerpo físico⁵¹⁹.

En ese sentido, es equivocado afirmar que nosotros inferimos externamente lo que pasa internamente. Lo interno, desde una perspectiva física o biológica, es consustanciado por una serie de actividades cerebrales que, sin embargo, por sí solas, no tienen significado lingüístico. Si pudiéramos ver las referidas actividades ellas no significarían nada para nosotros, una vez que no son manifestaciones lingüísticas.

Desde una perspectiva mental, nuestra intención, nuestros pensamientos, no ocupan lugar en el espacio, por lo que es inadecuado situar físicamente lo que no es físico. La intención no es algo que hace parte del mobiliario físico del mundo. No ocupa lugar en el espacio. No es algo interno o algo situado en el cerebro. La intención es lingüística.

Como afirma VIVES ANTÓN:

⁵¹⁷ APEL, Karl-Otto. *Semiótica filosófica*, op. cit., p. 193.

⁵¹⁸ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 278.

⁵¹⁹ HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., p. 252. Esa afirmación es originaria del siguiente apunte de WITTGENSTEIN: "*paralelismo desorientador: la psicología trata de los procesos en la esfera psíquica como la física en la esfera física. Ver, oír, pensar, sentir, querer, no son objeto de la psicología en el mismo sentido en que los movimientos de los cuerpos, los fenómenos eléctricos, etc., son objetos de la física. Esto los ves en que el físico ve, oye estos fenómenos, reflexiona sobre ellos, no los comunica, mientras que el psicólogo observa las manifestaciones (el comportamiento) del sujeto*" WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., § 571, pp. 360-361.

*“(...) no puedo sentarme a contemplar lo que sucede en mi propia mente como quien contempla un partido de fútbol, porque la mente no se pone ante mí de ese modo: sus procesos forman parte de mi modo de actuar, de vivir, y por eso los conozco; pero carecen de toda realidad sensible que yo pueda observar. De modo que la determinación acerca de cuándo tomé una decisión ocurre en una secuencia temporal reflexiva, no en la secuencia empírica en la que tienen lugar los hechos neurofisiológicos observables.”*⁵²⁰

El problema, como se ha visto, es intentar aplicar a lo mental los atributos que tienen las cosas físicas, los eventos que pueden ser explicados por la física. Ese paralelismo lleva a equívocos. Cuando alguien piensa está simplemente operando signos lingüísticos, no está leyendo las cosas que pasan en su cerebro. Es la persona que piensa, no su cerebro.

Ello parece evidente, una vez que, como afirma APEL, *“una teoría del cerebro no puede dar respuesta obviamente a la pregunta por las condiciones de posibilidad de nuestra pretensión de validez al hablar del cerebro.”*⁵²¹

Así, por ejemplo, aunque sea perfectamente posible decir que el estómago es un órgano digestivo, no se puede decir que el cerebro es un órgano del pensamiento. Del mismo modo que no se puede decir que el cerebro es un órgano de la locomoción⁵²².

Si uno abre el estómago de una persona es posible ver como tiene lugar la digestión, pero si se quiere saber cómo tiene lugar el pensamiento uno no tendría que abrir al cerebro, sino observar un jugador mientras juega

⁵²⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Ley, Lenguaje y Libertad*. Sobre determinismo, libertades constitucionales y Derecho penal. En *Teoría y Derecho*, Revista de Pensamiento Jurídico n. 11. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 182.

⁵²¹ APEL, Karl-Otto. *Semiótica filosófica*, op. cit., p. 194.

⁵²² Como advierten HACKER y BENNETT: *“El cerebro puede estar en estado esclerosado – pero el ser humano no puede. El ser humano puede estar en un estado alegre, pero su cerebro no puede.”* HACKER, Peter; BENNETT, Maxwell. *Los supuestos conceptuales de la neurociencia cognitiva: réplica a los críticos*. En *La Naturaleza de la conciencia: cerebro, mente y lenguaje*. Madrid: Paidós, 2008, p. 179.

ajedrez, un cirujano durante una operación, o el contertulio en el calor del debate⁵²³.

Como consecuencia, se debe también rechazar la idea de atribuir a la mente o al cerebro características que son inherentes al ser humano y no a partes de él, como pensar y tener intenciones, pues:

*“No es la mente que piensa, imagina, razona o quiere, soy yo. Por otro lado, mi mente puede quedarse en blanco, estar confusa o divagar – pero esos no son ni actos ni actividades de la mente. No es mi mente que se decide, que cambia de idea o revierte una decisión, que tiene alguna idea o está inclinada a hacer algo: soy yo, ser humano. No es la mente que siente dolor, percibe, sabe, está consciente de eso o de aquello, que siente alegría o que esta molesta, desea eso o tiene intenciones de aquello. Es una confusión cartesiana adscribir todo un rango de atributos psicológicos a la mente. Esa incoherencia es multiplicada por los materialistas actuales que identifican la mente con el cerebro, y adscriben los mismos predicados al cerebro”.*⁵²⁴

La intención, que es el principal punto de interés para la comprensión del dolo, es consustanciada por la propia acción contextualizada. No es un pensamiento, no es una simple operación de signos lingüísticos. No es algo que pasa en la mente o cerebro de la persona. La intención no es inferida externamente, puesto que no hay nada que inferir, no hay nada interno (que ocupe lugar en el espacio) que presuponer, ni mucho menos adivinar. Visualizar las actividades neurales o biológicas del cerebro no nos permite saber cuál es la intención de una persona.

Ante todo lo dicho, es posible llegar a algunas conclusiones parciales, que son muy relevantes para la comprensión del dolo:

⁵²³ HACKER, Peter; BENNETT, Maxwell. *Los supuestos conceptuales de la neurociencia cognitiva*, op. cit., p. 179.

⁵²⁴ HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., p. 253.

(i) es incorrecto afirmar que la intención y, como consecuencia, el dolo es algo incorpóreo⁵²⁵;

(ii) no es posible separar la intención de la acción, no son cosas distintas y mucho menos separables;

(iii) la comprensión de la intención - que interesa al Derecho penal y a la teoría del dolo - está conectada a la acción. La acción significativa es el vehículo de la intención.

(iv) es incorrecto adscribir al cerebro (o lo interno) atributos que son del ser humano, del *homo loquens*, siendo que las analogías que utilizan el cerebro como el órgano de la intención son equivocadas y son fuentes de confusiones⁵²⁶;

Con esas primeras observaciones críticas, ya es posible empezar a identificar algunas premisas equivocadas utilizadas por las teorías psicológicas del dolo, lo que seguramente quedará más claro a seguir en la continuación de la crítica a la concepción cartesiana de la mente.

b) El repudio a la doctrina del acceso privilegiado

Otra premisa adoptada por las tesis psicológicas y que deriva del dualismo cartesiano es la denominada doctrina del acceso privilegiado, que propugna básicamente que la primera persona tiene acceso privilegiado

⁵²⁵ Como correctamente afirma HACKER: "La mente, se puede decir (adaptando la frase de Wittgenstein) no es un nada, pero tampoco es alguna cosa". HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., p. 251.

⁵²⁶ Por ese motivo es correcto decir que "tener una mente es tener un intelecto y una voluntad racional", es tener la capacidad de razonar, de aprender, actuar, pensar, deliberar, decidir, creer, escoger lo que hacer, modificar sentimientos, todo eso "bajo las luces de la razón." Todo esos "amplios y complejos poderes son corolarios de los seres que usan el lenguaje." HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., p. 256.

respecto de sus estados mentales, mientras que los demás solo tienen acceso al interno de la primera persona por medios indirectos.

Sobre tal doctrina, VALDÉS VILLANUEVA señala el siguiente:

*“Si los términos mentales adquieren significado a partir de mi propio caso, entonces nuestros conceptos de dolor o de odio serán irreductiblemente subjetivos, serán esencialmente privados en el sentido de que sólo el sujeto que experimente el dolor o el odio puede saber si está en el estado mental correspondiente. A esta perspectiva – que es uno de los manantiales de los que brota el problema de las otras mentes – subyace la asimetría primera/tercera persona en el uso de los términos mentales. La tesis de acuerdo con la cual los términos mentales adquieren significado a partir de mi propio caso adopta una perspectiva de primera persona del singular del presente de indicativo, esto es: el significado de ‘creencia’ está ligado a ‘yo creo’, el de ‘odio’ a ‘yo odio, etc., y esto hace que el sujeto de tales estados mentales tenga conciencia inmediata e infalible de los mismo; es lo que se conoce como doctrina del acceso privilegiado’.”*⁵²⁷

⁵²⁷ VALDÉS VILLANUEVA, Luis Manuel. *Estudio preliminar*. En WITTGENSTEIN, Ludwig. *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 222-223. Sobre la doctrina del acceso privilegiado, RAMOS VÁZQUEZ expone que: “La ‘doctrina oficial’ nos muestra que, en paralelo a nuestro mundo físico – el cual es público –, existe una esfera de lo mental a la que cada uno de nosotros tenemos acceso privilegiado. Este mundo de lo mental está densamente poblado por objetos (imágenes, impresiones sensitivas, ideas, pensamientos, creencias, etc.), procesos (imaginar, recordar, etc.) y estados (comprender, saber, etc). Estos objetos, procesos y estados son de idéntica naturaleza lógica que los correspondientes objetos, procesos y estados físicos, sólo que acontecen dentro de ese interno, privado y misterioso mundo de lo mental.” RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 201.

Ese acceso privilegiado al “*interior*”, de acuerdo con esa doctrina, se da por medio de la introspección, que, para DESCARTES, era explícitamente comparada con mirar en una *cámara oscura*⁵²⁸.

De acuerdo con esa visión cartesiana, se supone que los estados mentales, el pensamiento, la intención, pasan en el interior de la cabeza de la persona, como si fuese una clase de teatro, el teatro cartesiano, en que las imágenes pasan en el cerebro como se fuera una película⁵²⁹.

Esa teoría propugna, además, que el modo en que el ser humano conoce sus estados mentales es de acuerdo con el modelo objeto-designación, es decir, la persona mira, con un “*Ojo Interno*”⁵³⁰, para su interior para ver lo que siente, lo que piensa, cuál la intención tiene, etc.⁵³¹

⁵²⁸ HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., p. 246.

⁵²⁹ Como argumenta DENNETT, creador de la expresión: “*El Teatro Cartesiano es una manera metafórica de explicar el modo en que la experiencia consciente se localiza en el cerebro.*” DENNETT, Daniel. *La conciencia explicada: una teoría interdisciplinar*. Paidós: Buenos Aires, 1995, p. 121. Y, también, afirma: “*a muchos neurocientíficos cognitivos les deslumbra la idea de un lugar en el cerebro (que yo llamo el Teatro Cartesiano) donde se representa un espectáculo interior de notables construcciones ante una res cogitans (material) que constituye el público.*” DENNETT, Daniel. *La filosofía como antropología ingenua*. En *La Naturaleza de la conciencia: cerebro, mente y lenguaje*. Madrid: Paidós, 2008, p. 95.

⁵³⁰ Como consigna RORTY: “*En la concepción de Descartes – aquella que se tornó la base para la epistemología ‘moderna’ – son las representaciones las que están en la mente. El Ojo Interno observa las representaciones esperando encontrar algo que testifique su fidelidad.*” RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 58.

⁵³¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., § 293, p. 245. Respecto de ese modelo de designación, que busca la esencia del lenguaje humano, propugnado fundamentalmente por S. Agustín, WITTGENSTEIN afirma que en él se defiende que: “*Las palabras del lenguaje nombran objetos – las oraciones son combinaciones de esas denominaciones. – En esta figura del lenguaje encontramos las raíces de la idea: Cada palabra tiene un significado. Este significado está coordinado con la palabra. Es el objeto por el que está la palabra.*” WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., parte I, p. 17. El significado en ese modelo del *Bezeichnung* sería como ponerse una etiqueta en el objeto como su designación. Cf.: HINTIKKA, Merrill B.; HINTIKKA, Jaakko. *Uma investigação sobre Wittgenstein*. Trad. Enid Abreu Dobransky. Campinas: Papirus, 1994, p. 333.

Como explica GLOCK:

“En esa concepción, se explica la relación entre fenómenos mentales y términos mentales según el modelo de designación y objeto material, transformando, así, la mente en un dominio de entidades, estados, procesos y eventos mentales, que son exactamente como sus contrapartes físicas, pero ocultos y más etéreos. Así como el platonismo, esa tendencia es alimentada por la visión agustiniana del lenguaje, que sugiere que todas las palabras son sucedáneos de objetos y que todas las oraciones describen algo – cuando no entidades físicas, entonces entidades de otra especie.”⁵³²

Sin embargo, nuestros estados mentales no pueden ser “vistos” por ninguna clase de ojo interno de la primera persona, puesto que, como mantiene RYLE:

“(…) es erróneo comparar los objetos comunes susceptibles de observación, como pájaros y quesos, con los supuestos objetos propios de mi observación privilegiada, o sea, mis sensaciones, dado que las sensaciones no son objetos susceptibles de ser observados. En consecuencia, no tenemos por qué construir un teatro, llamado ‘el mundo externo’, para ubicar los objetos sujetos a la observación de cualquier persona, y otro teatro, llamado ‘la mente’, para ubicar los objetos sujetos a una observación monopolizada. La antítesis entre ‘público’ y ‘privado’ es, en parte, el resultado de interpretar erróneamente la antítesis entre objetos que pueden ser vistos, tocados y gustados, por un lado, y sensaciones que no pueden serlo, aunque se tengan, por el otro.”⁵³³

⁵³² GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., pp. 218-219.

⁵³³ RYLE, Gilbert. *El concepto de lo mental*, op. cit., p. 207.

Por lo tanto, no hay tal cosa como mirar lo que uno esta sintiendo, oyendo, oliendo, saboreando, pretendiendo. Nosotros no podemos mirar para nuestra propia mente, así como no podemos mirar a la mente de los otros⁵³⁴.

Esa visión introspectivista, entre tanto, ha ganado actualmente refuerzos con las tesis de algunos neuroanatomistas que defienden que el cerebro tiene mapas y que creen que los referidos mapas desempeñan un papel fundamental en la representación e interpretación que el cerebro hace del mundo. Así, para ellos mirar al cerebro es una acción semejante a examinar un mapa⁵³⁵.

Dicho de otro modo, algunos neuroanatomistas modernizaron el modelo objeto-designación de la introspección. Ahora, de acuerdo con esas propuestas, las señales de las sinapsis neuronales funcionan como mapas que enseñan lo que uno piensa, siente, etc.

Sin embargo, para que sea posible utilizar un mapa, como proponen esos neuroanatomistas, en primer lugar, ha de existir un mapa. Pero en un cerebro no hay mapa alguno, una vez que es cierto que las imágenes captadas por los exámenes de Resonancia Magnética Funcional (RMf) no son como mapas, pues no ofrecen un objeto que el ser humano puede leer y así comprender lo que uno piensa, siente o como ele tiene intenciones⁵³⁶. Un mapa indica un sentido, tiene un significado, no es simplemente una descripción de las señales neuronales del cerebro humano.

Además, para que ese supuesto mapa tenga alguna utilidad práctica, uno tiene que saber como leerlo. Pero nuestro cerebro no tiene ojos, ni puede leer. Por si no fuese suficiente, para leer un mapa, se debe estar familiarizado con sus convenciones cartográficas. Pero, no existen tales convenciones respecto de las proyecciones “*referentes al mapeo de las características del campo*

⁵³⁴ HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., p. 246.

⁵³⁵ HACKER, Peter; BENNETT, Maxwell. *Los supuestos conceptuales de la neurociencia cognitiva*, op. cit., p. 190.

⁵³⁶ HACKER, Peter; BENNETT, Maxwell. *Los supuestos conceptuales de la neurociencia cognitiva*, op. cit., pp. 190-191.

*visual sobre las activaciones neurales en la corteza estriada ‘visual’”, por fin, “uno debe usar el mapa para guiarse en su conducta – en sus excursiones o navegaciones –, actividad que el cerebro no realiza”*⁵³⁷.

En efecto, como aseveran HACKER y BENNETT:

*“No hay que confundir un mapa con la posibilidad de un mapeo. El hecho de que se pueda mapear la activación de las células retínales sobre la activación de las células de la corteza estriada visual no demuestra que haya un mapa de lo visible en el campo visual de la corteza estriada.”*⁵³⁸

En adicción, se debe tener clara la advertencia de VIVES ANTÓN, en el sentido de que *“la experiencia médica común parece demostrar que estados mentales de contenido muy diverso parecen producir los mismos efectos somáticos”*⁵³⁹.

Por consiguiente, se verifica que esas nuevas propuestas también mantienen el equívoco de la premisa agustiniana de que el acceso al

⁵³⁷HACKER, Peter; BENNETT, Maxwell. *Los supuestos conceptuales de la neurociencia cognitiva*, op. cit., p. 191.

⁵³⁸ HACKER, Peter; BENNETT, Maxwell. *Los supuestos conceptuales de la neurociencia cognitiva*, op. cit., pp. 190-191. Y continúan: *“Pero la incoherencia surge cuando se supone que el cerebro podría utilizar este «mapa» a la manera en que los lectores de un atlas usan los mapas. No está claro en absoluto que se quiere decir cuando se afirma que el cerebro o sus partes saben, creen, piensan, infieren y perciben cosas. La única idea coherente que podría apuntarse con ello es que estos términos se aplican al cerebro para significar la actividad neural que supuestamente se corresponde con el saber, el creer, el pensar, el inferir y el percibir del animal. Pero de ahí no se sigue en ningún sentido inteligible la afirmación (que hacen Crick, Sperry y Gazzaniga) de que la parte del cerebro que está pensando comunica lo que piensa a otra parte del cerebro. Porque, si el bien el pensamiento humano tiene un contenido (que proporciona la respuesta a la pregunta ‘¿Qué estás pensando?’), no se puede decir que la actividad neural tenga ningún tipo de contenido.”* HACKER, Peter; BENNETT, Maxwell. *Los supuestos conceptuales de la neurociencia cognitiva*, op. cit., p. 187.

⁵³⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Neurociencia y determinismo reduccionista*, op. cit., p. 227.

conocimiento del interno se da por medio de la visión u observación de lo que pasa en la mente de la persona.

Entre tanto, la introspección no es la ventana que da acceso privilegiado a nuestras intenciones o sentimientos. Ella simplemente es *“una forma de reflexión y no una forma de observación”*⁵⁴⁰.

Así, parece equivocada la premisa de que podemos mirar – en una relación objeto-designación – a lo que pasa en nuestro interior y leer los estados mentales que están ocurriendo en nuestro interior⁵⁴¹.

De tal manera, se ha de rechazar la idea de que nosotros conocemos nuestra mente por medio de la introspección.

Véase que, aún rechazando la tesis de la introspección, se podría decir que yo, de alguna forma, sí tengo acceso privilegiado a mis estados mentales. Yo conozco mis estados mentales. Los demás no conocen lo que pienso, solo los pueden inferir indirectamente eso.

A fin de cuentas, parece natural pensar en la existencia de dos mundos distintos: Un mundo físico, externo y público, y otro mental, privado y oculto por detrás de nuestro comportamiento⁵⁴².

Para enfrentar esa concepción que innegablemente es intuitiva, inicialmente, es importante dejar claro que no tiene sentido afirmar que la primera persona tiene conocimiento directo acerca de lo *“mental”*, una vez que sólo se puede decir que yo conozco mis estados mentales si yo pudiera no conocerlos.

Es decir, carece de todo sentido afirmar que sé alguna cosa si hay una imposibilidad lógica de no saber tal cosa. Y tal imposibilidad lógica ocurre con los estados mentales, puesto que no hay como decir *“no sé lo que estoy*

⁵⁴⁰ HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., p. 247.

⁵⁴¹ Conforme asevera WITTGENSTEIN: *“no hay que preguntarse qué son las imágenes, o qué ocurre cuando alguien imagina algo, sino cómo se usa la palabra ‘imagen’”*. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., § 370, p. 281.

⁵⁴² GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 218.

pensando ahora". Por esa razón que es lógicamente equivocado afirmar que sé lo que pasa en mi cabeza⁵⁴³.

Por otro lado, la afirmación de que los demás, las terceras personas, solo tienen conocimiento de mis estados mentales de forma indirecta, tampoco parece correcta.

Ello porque, según expone HACKER:

*"(...) sólo tiene sentido hablar de conocimiento indirecto si también tiene sentido hablar de un conocimiento directo. Eso porque esta distinción fue creada para hacer un contraste (y en otros ámbitos lo hace). Pero no hay manera más directa de saber que otra persona está con dolor que verla gemir y retorcerse. Del mismo modo, no hay manera más directa de ver lo que uno ve que mirar lo que él apunta ver, no hay manera más directa de saber lo que uno piensa que de su confesión sincera. Si un amigo abre su corazón a mí, no puedo decir 'yo sé sólo de manera indirecta lo que piensa y siente'."*⁵⁴⁴

En ese sentido, también, señala WITTGENSTEIN:

⁵⁴³ Así, también, VIVES ANTÓN: *"(...) en el sentido ordinario y propio, no podemos decir que sabemos algo, respecto a lo cual la expresión de duda no tiene sentido; algo que forma parte del sistema compartido por todos y sobre cuyo fondo resultan posibles la duda, la creencia, la investigación y el saber. Ni la duda que duda de todo es legítima, pues haría imposible el lenguaje, ni cuando afirmo que sé que pienso o que sé que la tierra tiene más de cien años expreso realmente un saber. Así que, ni puedo poner en duda todo lo que mis sentidos externos me dicen del mundo (no puedo decir que veo un árbol pero lo dudo) pues con ello se derrumbaría el sistema de referencia que hace posible el lenguaje, ni puedo decir que sé las sensaciones o percepciones que tengo; sino que, sencillamente, las tengo."* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 640.

⁵⁴⁴ HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the *Philosophical Investigations* (Vol. 3) Part I, essays, op. cit., p. 131. HACKER extrae la primera crítica del siguiente pasaje de las *Investigaciones Filosóficas*: *"Puedo saber lo que el otro piensa, no lo que yo pienso. Es correcto decir 'Sé lo que piensas', y falso: 'Sé lo que pienso'."* WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., p. 507.

*“Cuando veo alguien revolcarse de dolores, con una causa manifiesta, no pienso: sus sentimiento me están, no obstante, ocultos.”*⁵⁴⁵

Así, la intención, que es lo que nos interesa aquí, no debe ser inferida por medio de exteriorizaciones. Respecto de ella, nosotros solamente concluimos: el agente tuvo determinada intención. Los “*actos externos*” no son reflejo de los “*internos*”. Las actividades neurales que ocurren en mi cerebro mientras actúo no tienen ningún sentido. No tienen significado. Si fuera posible mirarlas nadie las comprendería. El mundo interno no es un espejo del mundo externo. Las intenciones no ocurren internamente antes de ocurran externamente. El comportamiento, la manifestación corpórea solo gana sentido teniendo la contextualización como telón de fondo.

La acción significativa contextualizada nos enseña, nos da acceso directo, a la intención. La intención no se infiere del interno, se ve, se siente, se comprende⁵⁴⁶. La intención, y eso es muy importante tenerlo bien claro, es consustanciada por la propia acción contextualizada.

*“Pero se podría sustentar, sin embargo, que no puedo ver el dolor, sino que solamente el comportamiento que la exprime. Pero eso es el mismo que decir que ver sonidos o oír colores; indica solamente una distinción categorial entre términos mentales y comportamentales, y no que los enunciados que involucran términos mentales sean siempre inferidos de los enunciados que involucran términos comportamentales (PI § 246; LSD 13, LW I §§ 767, 885).”*⁵⁴⁷

Del mismo modo, se podría objetar que hay siempre la posibilidad de la mentira o del fingimiento. Pero, ello no invalida la afirmación de que la

⁵⁴⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., p. 511.

⁵⁴⁶ Cf.: GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 219.

⁵⁴⁷ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., pp. 219-220.

intención se ve, se comprende, no se infiere. Significa solamente que los juicios realizados por terceras personas pueden fallar y eso parece indudable y, me parece, no es motivo de ninguna sorpresa⁵⁴⁸.

Sin embargo, tal conclusión tampoco quiere decir que podemos estar siempre engañados. La mentira, el engaño y el fingimiento tienen importancia secundaria en nuestras formas de vida, ya que presuponen determinadas reglas para se jugar referidos juegos de lenguaje. Con acceso a criterios más amplios respecto de tales acciones (v.g. análisis del antecedente y consecuente de las acciones), se puede muy bien constatar la mentira, el engaño, el fingimiento. Además, hay juegos de lenguaje en que no se puede mentir, como en el caso de alguien cae en el fuego y grita de dolor⁵⁴⁹.

De todo modo, hay que se tener clara la importante advertencia de GLOCK:

*“(...) los sentimientos y pensamientos complejos de algunas personas nos pueden parecer enigmáticos, incluso si se esfuerzan al máximo para revelarlos. Ello se debe a la ‘imponderabilidad de lo mental’ (PI II 227-8; LW II 63-7, 87-93). Las atribuciones de emociones sutiles no solamente son revocables sino que también pueden suponer una relación íntima o incluso ser no concluyentes. Entre tanto, en lugar de reinstaurar una cortina de hierro ontológica entre el interno y el externo, esos puntos refuerzan el vínculo entre la mente y el comportamiento. Pues la incertidumbre ocasional de nuestros juicios refleja una indeterminabilidad de nuestros conceptos, que se debe, a su vez, a la naturaleza compleja de nuestra forma de vida. Que las ocasiones para el uso de determinados términos mentales configuren una conjunción de factores altamente compleja es algo que se debe al hecho de que el comportamiento humano es imprevisible; y nuestras reacciones a él, variadas y dependientes de la cultura.”*⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein, op. cit.*, p. 220.

⁵⁴⁹ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein, op. cit.*, p. 220.

⁵⁵⁰ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein, op. cit.*, p. 220.

Esos sentimientos y pensamientos complejos, sin embargo, no son el punto central del análisis acerca del dolo. De modo que la aludida complejidad no perjudica el desarrollo de una teoría del dolo, que debe tener como punto central la intención, vehiculada por una acción significativa.

Para comprender las intenciones, que es nuestra tarea aquí, es necesario comprender el significado de la acción. La intención no es algo que sea propiedad del agente. El agente no tiene autoridad sobre sus sentimientos, sus intenciones⁵⁵¹, no tiene superioridad epistemológica, no puede atribuirles el significado que bien quiera. Las intenciones son intersubjetivamente significadas y no impuestas de modo subjetivo y privado. El propio agente necesita de los significados intersubjetivos para pensar y para tener intenciones.

Mirando a toda esa argumentación, se puede llegar a la conclusión de que la crítica a la teoría del acceso privilegiado involucra temas innegablemente complejos. Así, es importante hacer una recapitulación de lo que aquí se defiende, para intentar dejar mínimamente más simple algo que es extremadamente difícil.

La crítica a la doctrina del acceso privilegiado es básicamente una crítica contundente a la tesis agustiniana del objeto-designación, aplicada en una supuesta relación entre primera persona y su interno.

La premisa básica de la tesis cartesiana es que nosotros conocemos lo interno por medio de la introspección.

Sin embargo, no hay una relación de conocimiento entre yo y mi interno. Así, es equivocado decir que yo sé lo que siento. Yo simplemente siento. Es equivocado decir que yo sé lo que pienso. Yo simplemente pienso. Es equivocado decir que yo sé lo que deseo. Yo simplemente deseo.

Así, no hay una relación sujeto y objeto, no hay una relación sujeto cognoscente y objeto cognoscible, entre yo y mis pensamientos, mis

⁵⁵¹ HACKER, P. M. S. *Human Nature, op. cit.*, p. 246.

sentimientos. Yo no veo mis sentimientos por medio de la introspección, por medio de un Ojo Interno que ve el objeto que son mis sentimientos.

Somos nosotros que pensamos y tenemos sentimientos. No hay esa distinción de sujeto-objeto.

Asentada esa primera premisa de que no hay una relación de conocimiento, sujeto-objeto, entre yo y mis sentimientos, se puede concluir que es completamente equivocado afirmar que yo conozco mis sentimientos directamente.

De tal manera, como ya se ha dicho hasta la saciedad, no tiene sentido hablar de que la primera persona conoce directamente sus propios pensamientos, una vez que es equivocado hablar, en ese caso, en una relación sujeto cognoscente y objeto cognoscible.

Por consiguiente, es también equivocado afirmarse que las demás personas (los terceros) tienen conocimiento indirecto de lo que yo pienso, de lo que yo siento.

A fin de cuentas, si no hay conocimiento directo (yo en relación a mis sentimientos), no hay conocimiento indirecto (de terceros en relación a los sentimientos de la primera persona).

Es, pues, completamente equivocado pensarse en el siguiente esquema, que es tributario del dualismo cartesiano: Yo conozco mis sentimientos (relación sujeto-objeto). Las demás personas conocen los sentimientos de la primera por medio de lo que ella exterioriza (relación sujeto-objeto entre la primera persona y sus sentimientos y, a su vez, una relación sujeto-objeto entre la tercera persona y lo interno de la primera, siendo que la referida relación sería mediada por lo que la primera persona exterioriza, es decir, sería una relación indirecta de conocimiento).

Además, las críticas a la concepción cartesiana no son invalidadas por los nuevos desarrollos de la neurociencia.

Ello porque, lo que los nuevos neurocientíficos buscan incansablemente descubrir es un método para superar esa supuesta relación de conocimiento indirecto.

Es decir, ellos quieren descubrir un método por medio del cual la tercera persona pueda tener acceso directo a lo interno de la primera persona, sin necesidad de una mediación, de un conocimiento indirecto.

Así, lo que los neurocientíficos pretenden es realizar lecturas de las sinapsis neurológicas y movimientos bioquímicos del cerebro con el objetivo de tener acceso directo, no mediado, a lo interno.

Pretenden realizar una relación sujeto-objeto entre terceros y el interno de la primera persona, por medio de nuevas técnicas y métodos científicos. Pretenden leer directamente el *"mapa del cerebro"*.

Pero esa no parece ser una tarea imposible. Ese es un equívoco gramatical que no puede ser superado por ninguna técnica científica, una vez que el pensamiento no es materializado por actividades bioquímicas del cerebro.

Así, no es posible, por medio de la máquina que fuere, saber lo que uno está pensando a través de la observación de actividades cerebrales.

Tal afirmación tajante tiene un fundamento bastante claro e ineludible: El pensamiento, los sentimientos, son consustanciados intersubjetivamente por el lenguaje y no por reacciones bioquímicas.

Las actividades neuronales no son los pensamientos, no son un código cifrado que uno pueda leer. Esas actividades bioquímicas del cerebro no presentan un mapa que puede ser leído.

El pensamiento no es algo privado, de propiedad exclusiva de la primera persona, como se verá en el próximo apartado, cuando se hablará respecto de la imposibilidad de un lenguaje en esos moldes.

Véase que todo lo que fue aquí dicho no significa que una persona no pueda tener pensamientos o sentimientos que no sean de conocimiento de los demás.

Es bastante claro y evidente que sí tenemos pensamientos y sentimientos que no compartimos con nadie. No es esto lo que se quiere rechazar.

Lo que se quiere negar - con la crítica a la teoría del acceso privilegiado - es que esa sea una relación de conocimiento, sujeto-objeto.

Además, lo que se quiere afirmar, como se verá en el próximo apartado, es que nuestros sentimientos y pensamientos solamente tienen sentido porque existe un lenguaje.

Por consiguiente, la tesis que se defiende en este trabajo es que no hay relación de conocimiento entre primera persona y sus sentimientos.

Además, se quiere reafirmar que no hay una relación indirecta de conocimiento entre las terceras personas y lo interno de la primera persona.

Esa es una relación directa de conocimiento. Las terceras personas conocen los pensamientos y las intenciones de las primeras personas directamente, y ello se da por medio de la comprensión de la acción significativa.

Ante todo lo que fue expuesto, se puede llegar a nuevas conclusiones parciales muy relevantes para la teoría del dolo:

(i) Se ha de rechazar cualquier intento en Derecho penal de vincular la idea de intención o de dolo a imágenes mentales o sinapsis neuronales que pasan en la mente del agente mientras comete el delito;

(ii) la intención no se infiere de lo externo, una vez que no hay nada de misterioso a ser internamente investigado por medio de introspección o inferencia, del mismo modo que no hay relación de conocimiento entre yo y mis interno;

(iii) la intención es comprendida directamente en la acción significativa y no indirectamente. La intención es consustanciada por la propia acción significativa contextualizada;

(iv) el agente no tiene superioridad epistemológica sobre sus intenciones, necesitando, pues, de significados intersubjetivos para manifestarlas.

Sentadas esas conclusiones, que invariablemente llevan al rechazo de más una gran parte de las tesis adoptadas por las teorías del dolo, se puede ahora enfrentar la última premisa cartesiana: El argumento del lenguaje privado.

c) El rechazo al argumento del lenguaje privado

Finalmente, en caso de que se adopte una visión cartesiana de la mente, como hacen las concepciones tradicionales del dolo, es consecuencia lógica también creer en la existencia de un lenguaje privado, es decir, en un lenguaje que solo el sujeto creador del lenguaje pueda comprender, un lenguaje cuyas palabras deben referirse solamente a las sensaciones inmediatas del hablante y que nadie, además de él, pueda comprender. El lenguaje privado sería un lenguaje que no es público, ni publicable⁵⁵².

La posibilidad de un lenguaje privado fue una ilusión de la mayoría de los filósofos de la era moderna que pensaban que nuestro lenguaje era la confluencia de los lenguajes privados de todos los hablantes⁵⁵³.

WITTGENSTEIN fue quien demostró que el aludido argumento era equivocado, ya que, así concebida, no puede haber una cosa como un

⁵⁵² Cf.: RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 206. Como afirma WITTGENSTEIN: "Lo esencial de la vivencia privada no es realmente que cada uno de nosotros posee su propio ejemplar, sino que ninguno sabe si el otro tiene también esto o algo distinto." WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., § 272, pp. 233-235.

⁵⁵³ BACKER, G. P.; HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: understanding and meaning* (vol. II of an analytical commentary on the Philosophical Investigations) essays and exegesis of §§ 185-242, op. cit., p. 166.

lenguaje privado carente de cualquier criterio público para evaluar su uso correcto⁵⁵⁴.

Por ello es que WITTGENSTEIN defendió que las manifestaciones públicamente observables son condiciones necesarias para que un lenguaje pueda describir fenómenos mentales “*internos*”, siendo que la acción, como hemos visto, no es simplemente una prueba indirecta, inductiva, sino un criterio para la aplicación de los conceptos mentales⁵⁵⁵.

La idea del lenguaje privado, pues, trata de transferir un proceso que normalmente ocurre en el seno de los juegos de lenguaje a un espacio fuera del lenguaje, es decir, a lo interno⁵⁵⁶.

Además, como complementa GLOCK:

“(...) para conocer el significado de términos psicológicos, no es necesario tener la sensación correspondiente o experiencia. Para afirmar significativamente que otra persona tiene dolor, no necesitamos un dolor, sino el concepto de dolor. Tener la experiencia no garantiza el dominio del uso de la palabra. Del mismo modo, alguien que aplica y explica correctamente el término ‘dolor de muelas’, pero nunca ha tenido un dolor de muelas, sabe lo que significa ‘dolor de muelas’” ⁵⁵⁷.

Así, no tiene sentido afirmar que solamente quien ha sufrido determinado dolor, es decir, quien ha tenido determinada experiencia, sabe

⁵⁵⁴ BACKER, G. P.; HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: understanding and meaning* (vol. II of an analytical commentary on the Philosophical Investigations) essays and exegesis of §§ 185-242, *op. cit.*, p. 166.

⁵⁵⁵ Cf.: SEARLE, John. *Situar de nuevo a la conciencia en el cerebro*. En *La Naturaleza de la conciencia: cerebro, mente y lenguaje*. Madrid: Paidós, 2008, p. 131.

⁵⁵⁶ GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2013, p. 114.

⁵⁵⁷ GLOCK, Hans-Johann. *A Wittgenstein dictionary*. Basil Blackwell, Oxford, 1996, p. 314.

su significado⁵⁵⁸. No tiene sentido decir que un hombre no puede afirmar que una mujer que está dando la luz, sin la aplicación de ningún método anestésico, siente dolores, aunque él nunca pueda sentir personalmente tal dolor.

Respecto de la crítica wittgensteiniana en contra el argumento del lenguaje privado, vale transcribir su conocido § 293 de las Investigaciones Filosóficas:

“Si digo de mí mismo que yo sé sólo por mi propio caso lo que significa la palabra ‘dolor’ - ¿no tengo que decir eso también de los demás? ¿Y cómo puedo generalizar ese único caso tan irresponsablemente?

Bien, ¿uno cualquiera me dice que él sabe lo que es dolor sólo por su propio caso! - Supongamos que cada uno tuviera una caja y dentro hubiera algo que llamamos ‘escarabajo’. Nadie puede mirar en la caja de otro; y cada uno dice que él sabe lo que es un escarabajo sólo por la vista de su escarabajo. - Aquí podría muy bien ser que cada uno tuviese una cosa distinta en su caja. Sí, se podría imaginar que una cosa así cambiase continuamente. - ¿Pero y si ahora la palabra ‘escarabajo’ de estas personas tuviese un uso? - Entonces no sería el de la designación de una cosa. La cosa que hay en la caja no pertenece en absoluto al juego de lenguaje; ni siquiera como un algo: pues la caja podría

⁵⁵⁸ Como afirma HACKER: “La palabra dolor no se define por referencia a un objeto privado, tampoco se define por referencia a un objeto público. Y ‘estoy en el dolor’ no es una descripción de una experiencia interior que se hace verdad (y es justificado) por una referencia a una experiencia particular indefinible. Para lograr esta investigación acerca de esa parte de la gramática de la psicología, hay que deshacerse por completo el modelo de explicación adecuado para los objetos físicos y las propiedades de la percepción y con ella la mitología de la experiencia privada e incommunicable - es decir, del ‘mundo’ de la experiencia privada. Sólo cuando estas nieblas densas de la lengua se han soplado lejos podemos ver correctamente la gramática de la experiencia y su expresión.” HACKER, P. M. S. Wittgenstein: meaning and mind (Vol. 3), Part I, op. cit., p. 57. Así también VIVES ANTÓN: “(...) el que no ha sentido nunca dolor sí tiene acceso a las expresiones públicas de dolor y a las explicaciones acerca de lo que es el dolor. Por lo tanto, puede aprender el uso de la palabra dolor y, con él, su significado, pese a no haberlo sentido nunca. De modo que el saber, finalmente, no es privado sino público.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del Sistema Penal, op. cit., p. 643.

incluso estar vacía. – No, se puede ‘cortar por lo sano’ por la cosa que hay en la caja; se neutraliza, sea lo que fuere.

Es decir: si se construye la gramática de la expresión de la sensación según el modelo ‘objeto designación’, entonces el objeto cae fuera de consideración por irrelevante.” ⁵⁵⁹

Como se ha visto, WITTGENSTEIN critica el modelo objeto-designación, consustanciado por la referencia no mediada por el lenguaje, un modelo en que un nombre se refiere directamente a su objeto, sin la intervención de criterios públicos⁵⁶⁰.

Por lo tanto, no es posible un lenguaje privado⁵⁶¹, puesto que todo lenguaje solo gana significado pública e intersubjetivamente. Es condición de posibilidad de un lenguaje su carácter público.

Con esta reflexión de WITTGENSTEIN se ofrece una nueva y fundamental descripción de la praxis social, una vez que la producción y

⁵⁵⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., § 293, p. 245.

⁵⁶⁰ HINTIKKA, Merrill B.; HINTIKKA, Jaakko. *Uma investigação sobre Wittgenstein*, op. cit., p. 331.

⁵⁶¹ Bien resume RAMOS VÁZQUEZ la posición de WITTGENSTEIN acerca del tema: “Merece ser destacada aquí, en este sentido, la afirmación de Geach, quien señala con claridad que ‘lo que Wittgenstein quería negar era, no la referencia privada de las expresiones psicológicas, por ejemplo, que ‘dolor’ está por una clase de experiencia que puede ser perfectamente ‘privada’, sino la posibilidad de darles un sentido privado. ‘En definitiva’ – ha señalado Vicente Arregui – ‘la postura, atacada por Wittgenstein es la que identifica las sensaciones con los objetos materiales, otorgándoles las mismas propiedades.

Las sensaciones, en conclusión, no son cosas, no son objetos, sino estados de un organismo vivo. ¿Se dice aquí, por tanto, que las sensaciones son algo o se dice que no son nada? La pregunta es, sin duda, extraordinariamente capciosa.

Cuando Wittgenstein dice que una sensación no es algo pero tampoco es nada, se refiere – y he aquí lo fundamental de la aportación wittgensteiniana a la cuestión – a que no es un algo en el sentido de que no es un objeto de la esfera interna de una persona con sus esenciales características aparte de la propia vida humana.” RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 253.

comprensión del lenguaje y de los actos mentales pasan a ser comprendidos de modo totalmente diverso del habitual⁵⁶².

Con ello se demuestra que construcciones aparentemente mentales están, en verdad, íntimamente vinculadas a la praxis de los sujetos agentes. Con el lenguaje privado es imposible la comparación y enjuiciamiento de “*actos internos*”. Ya por el modelo lingüístico de WITTGENSTEIN, la justificación de las reglas debe ser concebida públicamente, una vez que los referidos criterios deben ser públicamente comprensibles para las otras personas, de modo que sea posible controlar su empleo adecuado⁵⁶³.

De tal manera, lo que propone WITTGENSTEIN es, en verdad, reubicar el lenguaje a su debido sitio, es decir, instituir que los juegos de lenguaje son establecidos de acuerdo con los usos y reglas públicas. Conforme afirma GEBAUER: “*Las facultades mentales no se fundamentan en el pensamiento puro, sino que están ancladas en las regularidades de la acción práctica y del mundo social.*”⁵⁶⁴

Con esa conclusión, se reafirma la imposibilidad del dolo de estar asentado en una experiencia privada del autor, que definitivamente no puede manipular su contenido e imponer a los demás su significado arbitrariamente, puesto que la comprensión de la intención debe ser hecha de acuerdo con criterios públicos, intersubjetivos y de acuerdo con la praxis social de un determinado contexto.

d) Resumen de las conclusiones

Como se ha visto, hay tres puntos fundamentales que fundamentan la concepción cartesiana de la mente que son objeto de crítica: (i) la idea de la

⁵⁶² GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 117.

⁵⁶³ GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 114.

⁵⁶⁴ GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 118.

intención como algo incorpóreo; (ii) la doctrina del acceso privilegiado y (iii) la posibilidad de un lenguaje privado.

Con el rechazo de esas tres premisas cartesianas se puede llegar a conclusiones extremadamente relevantes para la comprensión del dolo, que pueden ser así sintetizadas:

(i) la intención y el dolo no son algo incorpóreo;

(ii) la intención y el dolo no son estados mentales o sinapsis neuronales que pasan en la mente del agente mientras comete el delito;

(iii) no es posible separar la intención de la acción, no son cosas distintas y mucho menos separables;

(iv) la intención y el dolo no se infieren de lo externo, una vez que no hay nada de misterioso a ser internamente investigado por medio de introspección o inferencia, mismo porque no hay una relación entre yo y mi interno;

(v) el agente no tiene superioridad epistemológica sobre sus intenciones, no puede imponer o manipular arbitraria y privadamente sus significados, necesitando, pues, de criterios intersubjetivos y públicos para manifestarlas;

(vi) la acción significativa es el vehículo de la intención y del dolo;

(vii) la intención es comprendida directamente en la acción significativa y no indirectamente⁵⁶⁵.

Con fundamento en esas conclusiones y teniendo en cuenta lo que fue dicho cuando se rechazaron las premisas cartesianas, es posible, también, reafirmar el rechazo a otros intentos de explicar los estados mentales.

En ese sentido, con lo expuesto aquí es posible concluir por la falta de plausibilidad de las denominadas teorías dualistas, es decir, las que propugnan que mente y cuerpo son dos sustancias distintas y que supuestamente existiría una especie de causalidad entre mente y cuerpo.

⁵⁶⁵ GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 118.

La referida falta de plausibilidad deriva, como se ha visto, de la constatación de que es un equívoco comprender mente y cuerpo como dos cosas distintas. Mente y cuerpo son indisolubles, son una cosa sola, pertenecen a un solo sujeto. La mente no es parte del mobiliario interno que supuestamente existiría dentro de nosotros. Lo que pasa en la mente de una persona no es algo separado, ni tampoco hay relación alguna de conocimiento entre yo y mi interno.

Del mismo modo, han de rechazarse algunas propuestas de las teorías monistas, es decir, las que propugnan que solamente existe una sustancia, el cuerpo.

El fisicalismo, por ejemplo, que intenta reducir todo lo que pasa en el mundo a explicaciones de la física, se equivoca al no percibir el imprescindible papel del lenguaje en la comprensión de nuestros sentimientos, pensamientos e intenciones. Por ello, el fisicalismo acaba por proponer una visión muy limitada de los complejos significados relacionados a la filosofía de la mente, reduciendo todo a explicaciones meramente físico-científicas.

Además, es de se rechazar, incluso, el denominado monismo anómalo (es anómalo pues rechaza la idea de que los fenómenos mentales pueden ser explicados físicamente)⁵⁶⁶, una vez que - aunque no incurra en el equívoco reduccionista del fisicalismo - acaba por desarrollar sus explicaciones en términos meramente ontológicos⁵⁶⁷, no percibiendo la grandiosa importancia

⁵⁶⁶ Como afirma DAVIDSON: *"El monismo anómalo se parece con el materialismo en su afirmación de que todos los eventos son físicos, pero rechaza la tesis, considerada usualmente como esencial al materialismo, de que los fenómenos mentales solamente pueden ser explicados por la física."* DAVIDSON, Donald. *Essays on Actions and Events*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 214. Véase que anómalo, en ese caso, significa que *"(...) no hay leyes deterministas estrictas en la base de las cuales los fenómenos mentales pueden ser previstos y explicados (la anomía del mental)."* DAVIDSON, Donald. *Essays on Actions and Events*, op. cit., p. 208.

⁵⁶⁷ En ese sentido VIVES ANTÓN critica el monismo anómalo de DAVIDSON: *"(...) la concepción de Davidson está expresada en términos ontológicos y no meramente lingüísticos; pues, en términos lingüísticos, lo que cabría plantearse no es si hay o no leyes psicofísicas o leyes mentales"*

del lenguaje en la comprensión y explicación respecto de los denominados estados mentales o “*internos*”.

Como se puede ver, el gran problema de todas estas tesis es que fijan su atención en el físico, en lo ontológico, olvidándose, o no comprendiendo, que la mente, los estados mentales, la intención no tienen nada que ver con explicaciones causales, biológicas, o descripciones de algo que pasa en nuestras cabezas.

Como se ha visto, lo mental, las intenciones, tienen que ver con el significado, que solo se forma en un ámbito intersubjetivo, lingüístico, con las formas de vida como telón de fondo.

Es posible constatar, pues, que solo el hecho de poner de relieve los problemas de la concepción cartesiana de la mente nos permite identificar con claridad los innumerables problemas y las premisas equivocadas adoptadas por muchas de las propuestas ofrecidas por las teorías tradicionales del dolo.

Sin embargo, los problemas no se quedan aquí. La adopción de una concepción cartesiana como fundamento del dolo involucra, también, otro problema, el de la imposibilidad lógica de se realizar una valoración del dolo, como se verá a continuación.

Por fin, es importante subrayar que, incluso para aquellos que eventualmente no concuerden con las premisas filosóficas aquí defendidas, aún así, parece perfectamente viable que admitan que la validez de las principales conclusiones aquí defendidas, en el sentido de que lo que importa para el Derecho penal es la acción significativa, su “*exteriorización*”, y no

estrictas, sino si el lenguaje intencional es traducible al lenguaje físico o si cabe formular leyes exactas en términos intencionales.” Y continua VIVES ANTÓN en su crítica: “(...) basta consignar que afirmar unidad de sucesos frente a la dualidad irreductible de descripciones lingüísticas implica hablar de un mundo más allá del lenguaje, es decir, comporta un compromiso ontológico carente de justificación; (...) no sólo Davidson no ha resuelto todos los problemas, sino que siguen estando ahí y ni siquiera puede decirse que los ha planteado bien.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Neurociencia y determinismo reduccionista, op. cit., pp. 221-222.

misteriosas operaciones neurales o internas del ser humano, utilizadas a menudo por muchas teorías del dolo.

1.2. La imposibilidad de valoración del dolo como estado mental

Por si no fuesen suficientes todos los argumentos en contra el dualismo cartesiano y las propuestas de él derivadas, las teorías psicológicas conllevan también otro serio problema, que tiene especial relevancia para el dolo: Pretenden, para la identificación del dolo, encontrar una desvaloración jurídica en la esencia de un estado mental⁵⁶⁸.

Por decirlo en otras palabras, las teorías psicológicas al pretender caracterizar el dolo con algo interno, intentan identificar un estado mental esencialmente reprochable, es decir, algo que ya es intrínsecamente valorado negativamente. Es como si una persona mirase al cerebro de otra y viese un determinado estado mental y afirmase: “*¡Mira, un estado mental reprochable!*”, o más específicamente: “*¡Mira, un estado mental doloso!*”

El referido intento – de forma consciente o inconsciente – está inspirado por DESCARTES, pero sufre, claramente, también, una fuerte influencia de la filosofía de KANT.

Para KANT la ética es una “*ley moral que hay en mí*”, indicando así que los juicios éticos ya estarían en “*el interior*” del sujeto⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ Sobre esa búsqueda por la esencia del dolo, véase lo que dice ULZURRUN LLUCH: “*parece que cuando se pregunta por el concepto de dolo lo que se busca es su ‘esencia’ en el sentido tradicional de este término, es decir, aquella característica común presente en una pluralidad de objetos, individuales y diferentes entre sí, que permanece una y la misma en todos ellos y determina que esos objetos sean lo que son; o, lo que es lo mismo, un universal.*” ULZURRUN LLUCH, Marina Sanz-Diéz de. *Dolo e imprudencia*, op. cit., p. 253.

⁵⁶⁹ Y esa visión no viene solo de KANT: “*Desde siempre, la filosofía moral ha ido diciendo que en nuestras almas está implantado lo que Plantón llamó una reminiscencia de la idea del bien y lo que*

En ese sentido, es la célebre exhortación de KANT:

“Dos cosas llenan el ánimo de admiración y respeto, siempre nuevos y crecientes cuanto más reiterada y persistentemente se ocupa de ellas la reflexión: el cielo estrellado que está sobre mí y la ley moral que hay en mí.”⁵⁷⁰

Así, KANT calificaba la conciencia de la ley moral como:

“(...) hecho de la razón porque no puede obtenerse por sutilezas de precedentes datos de la razón, por ejemplo: de la conciencia de la libertad (pues ésta no se nos da previamente), sino porque de suyo se nos impone como proposición sintética a priori que no se funda en intuición alguna, ni pura ni empírica”⁵⁷¹

Sin embargo, es un equívoco creer que es posible captar *a priori* ese “hecho de la razón”, pues no hay “ninguna sutil esencia humana que la filosofía pueda captar” ⁵⁷².

Como ya advertía WITTGENSTEIN, en la fase intermedia de su filosofía: “un estado mental, entendido como un hecho descriptible, no es bueno o malo en el sentido ético.”⁵⁷³

Kant denominó la ley moral en nuestro interior.” RORTY, Richard. Filosofía y Futuro. Trad. Javier Calvo y Angela Ackermann. Barcelona: Gedisa, 2008, p. 160.

⁵⁷⁰ KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Trad. de J. Rovira Armengol. Buenos Aires: Losada, 2003, p. 145.

⁵⁷¹ KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*, op. cit., p. 29. De acuerdo con DEKENS: “(...) la sola presencia en nosotros de la obligación, aunque jamás fuera acompañada de efectos, representa para Kant el punto de partida de toda filosofía práctica, el carácter admirable de la humanidad, analogon ético del cielo estrellado que está sobre nuestras cabezas.” DEKENS, Olivier. *Comprender Kant*. Trad. Paula Silva. São Paulo: Loyola, 2008, p. 86.

⁵⁷² Aquí utilizamos la metáfora de Richard RORTY en: *El pragmatismo, una versión*, op. cit., p. 221.

Eso porque “*las actitudes intencionales no se vinculan a imágenes mentales o a palabras que nos pasan por la cabeza*”⁵⁷⁴, por eso es que WITTGENSTEIN sostenía que, cuando estamos hablando, no son los estados mentales que ofrecen los significados de nuestro diálogo, llegando a afirmar que, en esos casos, “*si Dios hubiera mirado en nuestras almas, no habría podido ver allí de quien estábamos hablando.*”⁵⁷⁵

Así, es posible afirmar que los estados mentales no tienen “*una especie de medalla inmaterial con las inscripciones ‘Verdad’ o ‘Bondad Moral’*” grabadas en ellos⁵⁷⁶.

Por consiguiente, es una ilusión pensar que un determinado estado mental puede ser evaluado ontológicamente como bueno o malo, doloso o imprudente, como si fuera posible hacer una valoración definitiva y universal sobre el referido estado mental, una especie de juicio valorativo absoluto sobre lo mental⁵⁷⁷.

⁵⁷³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *A lecture on ethics*. En *The Philosophical Review*, vol. 74, n. 1. (Jan., 1965), p. 06.

⁵⁷⁴ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 278.

⁵⁷⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., p. 497.

⁵⁷⁶ RORTY, Richard. *El pragmatismo, una versión*, op. cit., p. 214.

⁵⁷⁷ Sobre la imposibilidad de un juicio absoluto, véase lo que afirma WITTGENSTEIN: “*La carretera correcta es aquella que conduce a una meta arbitrariamente determinada, y a todos nos parece claro que carece de sentido hablar de la carretera correcta independientemente de un motivo predeterminado. Veamos ahora lo que posiblemente queremos decir con la expresión ‘la carretera absolutamente correcta’.* Creo que sería aquella que, al verla, todo el mundo debería tomar por necesidad lógica, o avergonzarse de no hacerlo. Del mismo modo, el bien absoluto. Si es un estado de cosas descriptibles, sería aquel que todo el mundo, independientemente de sus gusto e inclinaciones, realizaría necesariamente o se sentiría culpable de no hacerlo. En mi opinión, tal estado de cosas es una quimera. Ningún estado de cosas tiene, en sí, lo que me gustaría denominar el poder coactivo de un juez absoluto.” WITTGENSTEIN, Ludwig. *A lecture on ethics*, op. cit., p. 07. Utilicé la traducción del inglés para el español de VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit, p. 384.

Por ello, es posible afirmar que la concepción que cree que es posible hacer identificaciones valorativas ontológicas acerca de los estados mentales, es filosóficamente equivocada⁵⁷⁸.

De tal manera, es rechazable cualquier idea de que el deber ético, las calificaciones de bueno o malo, el desvalor jurídico, ya están “*dentro de nosotros*”, mucho menos que esas evaluaciones son algo de naturaleza psicológica-ontológica⁵⁷⁹, siendo que las referidas conclusiones solamente refuerzan los equívocos oriundos del cartesianismo y del psicologismo que, como ya hemos afirmado, dan el soporte filosófico a gran parte de las teorías del dolo.

En suma, se puede decir que un estado mental no es bueno o malo, más grave o menos grave, como si poseyese una etiqueta inmaterial señalando referidas las valoraciones.

Así, con este apartado – que sirve claramente como argumentación adicional a las críticas direccionadas contra la concepción cartesiana de la mente – se sostiene que resulta imposible valorar un estado mental y, como consecuencia, es un sinsentido pretender caracterizar el dolo de acuerdo con algo que no puede siquiera ser valorado.

Con base en esas conclusiones, es posible verificar con todavía más profundidad las ya señaladas incongruencias filosóficas puestas de manifiesto en el apartado anterior, relativas a las teorías psicológicas del dolo.

⁵⁷⁸ Como afirma HASSEMER: “*Ello porque responsabilidad e imputación no descansan en conocimientos de la biología humana, sino en razones sociales. No sobreviven por ignorancia e irracionalidad, sino por conocimiento y experiencia.*” HASSEMER, Winfried. *Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal*. En Indret: Revista para el Análisis del Derecho, n. 02, 2011, p. 10.

⁵⁷⁹ Además de ser filosóficamente equivocada, esa visión es también muy problemática, como plantea RORTY: “*El problema de esta concepción ahistórica consiste en que la voz de la conciencia puede decirle a uno que se comporte decentemente frente a grupos pequeños o también grandes. Pero también puede apoyar la exclusión o la integración de personas. Piense en los fundamentalistas cristianos, que excluyen y persiguen a los infieles, a los miembros de otras confesiones o los homosexuales, apelando siempre a su conciencia moral.*” RORTY, Richard. *Filosofía y Futuro*, op. cit., p. 160.

2. CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DEL DOLO NORMATIVO

En el capítulo referente a la exposición del desarrollo de las teorías normativas fue señalado que éstas se dividían en teorías normativo-volitivas y normativo-cognitivas.

Las teorías normativo-volitivas defienden el mantenimiento, en el concepto del dolo, del elemento volitivo, propugnando especialmente un nuevo método de identificación de ese elemento, por medio del análisis indirecto, es decir, sostienen que lo interno se aprehende a través de los indicios que circundan la acción.

Por otro lado, las teorías normativo-cognitivas abandonarán el elemento volitivo, sosteniendo que el dolo debería ser caracterizado solamente por el elemento cognitivo, caracterizado por el conocimiento de algo objetivo y externo a la conducta.

A pesar de las teorías normativas representaren una evolución con relación a las teorías puramente subjetivas, siguen vinculadas a un paradigma filosófico inadecuado y que, por tal razón, acaban produciendo respuestas insatisfactorias para las cuestiones necesarias para la construcción de una teoría del dolo adecuada.

Del mismo modo, se constata la existencia de un problema de fondo también en las perspectivas normativas que debe ser enfrentado por medio de una crítica gramatical, de modo que se intente poner de manifiesto los motivos que imposibilitan que ellas lleguen a una solución apropiada para el tema del dolo

2.1. Crítica a las bases filosóficas del normativismo

Ya se han lanzado críticas en contra las bases filosóficas de las teorías psicológicas del dolo, poniendo de manifiesto su estrecha vinculación a la concepción cartesiana de la mente y explicando los equívocos teóricos que pueden resultar de la adopción de sus premisas.

A su vez, la crítica a las teorías normativas podrá ser hecha en dos niveles distintos. El primero, afecta al hecho de que las teorías normativas comparten, con las teorías psicológicas, algunas de las premisas del dualismo cartesiano. El segundo nivel se dirige contra el intento de objetivación del dolo propugnado por tales planteamientos.

En relación con al primer nivel de crítica, ya hemos consignado que las teorías psicológicas defienden la adopción de un concepto mental de dolo tanto para la identificación del elemento volitivo, cuanto del cognitivo y que la referida adopción involucra el problema filosófico derivado del dualismo cartesiano, lo que resulta seriamente problemático para una teoría jurídica del dolo.

Muchas teorías normativo-volitivas comparten tales premisas psicológicas, construyendo, pues, sus propuestas sobre las bases del dualismo cartesiano. De este modo, proponen comprobar el elemento volitivo y cognitivo, ambos de cariz psicológico, por medio de una inferencia de lo interno a través de la observación de lo externo.

Por otro lado, varias teorías normativo-cognitivas, aunque rechacen la necesidad de un elemento volitivo para el dolo, en verdad, establecen para el elemento cognitivo, también una visión psicológica del conocimiento, una vez que no llegan a problematizar como debe ser comprendido aludido elemento.

Así, hay una marca común en gran parte de esas teorías, pues – en un mayor o menor grado – las dos clases de teorías normativas mantienen una creencia en las premisas del dualismo cartesiano, es decir, siguen creyendo que la primera persona tiene acceso privilegiado a sus propias intenciones y

las demás sólo saben la intención de uno por medio de métodos indirectos, continúan comprendiendo los elementos subjetivos como algo misterioso, sin criterios públicos e intersubjetivos para su adscripción y como algo que sigue siendo una clase de propiedad manipulable del agente, es decir, un lenguaje privado⁵⁸⁰.

Sin embargo, hay una gran diferencia entre las teorías psicológicas y las normativas. Las primeras defienden, sin más, un concepto mental para el dolo, mientras que las segundas intentan buscar formas de adscribir la existencia de tales estados mentales por medido de datos que son externos al sujeto, es decir, datos normativamente establecidos.

Por otro lado, la diferencia entre las dos perspectivas normativas es que, mientras las teorías normativo-volitivas, en general, simplemente propugnan un nuevo método de identificación de lo interno (dolo), las teorías normativo-cognitivas desisten de la búsqueda por la constatación de un elemento volitivo, contentándose con la simple imputación del dolo por medio de la constatación del conocimiento de algo objetivo y externo al agente.

Pese a todo ello, como ya hemos dicho, ambas teorías normativas mantienen ciertos resquicios psicológicos, centrados especialmente en la adopción de una clase de conductismo, como forma de intentar superar las dificultades cartesianas, como se explicará con un poco más de detalle a continuación.

Del mismo modo, serán objeto de análisis y crítica las propuestas que intentan vincular el dolo a algo objetivo en el mundo, es decir, las tesis que propugnan un objetivismo.

⁵⁸⁰ Merece aquí la pena citar la frase de HUXLEY, para dejar claro como las propuestas normativo-volitivas carecen de plausibilidad en lo que toca a la posibilidad de la identificación del algo interno, por medio del análisis de la conducta: *"Como es posible que algo tan notable como un estado de conciencia puede ser producido como resultado de las irritaciones del tejido nervoso, sea tan sin condiciones de rendir cuentas (unaccountable) como la aparición del genio cuando Aladino frotó a la lámpara."* HUXLEY, Thomas Henry. *Lessons in Elementary Physiology* (1866), p. 192 *apud* HACKER, P. M. S. *Human Nature, op. cit.*, p. 241.

Así, la crítica que se hará a continuación estará en contra de la adopción por parte de las teorías normativas de propuestas vinculadas a un conductismo y a un objetivismo.

Antes, empero, hay que reconocer la progresiva disminución de la influencia psicológica en la caracterización del dolo, por lo que es posible afirmar que el normativismo, en cierto modo, representa un avance, pero aun insuficiente y equivocado, en la teoría del dolo.

a) El problema del conductismo

Gran parte de las teorías normativas, como hemos visto, en mayor o menor grado, mantienen las premisas psicológicas del dualismo cartesiano, una vez que creen todavía en la existencia de lo *“mental”*, aunque de un modo o de otro intenten huir de las dificultades, especialmente probatorias, que esas premisas conllevan.

Fue justamente en ese sentido la gran contribución de las denominadas teorías procesales, es decir, en el desarrollo de un método más sofisticado de comprobación del dolo, donde lo interno debe ser conocido indirectamente, por medio del análisis de las circunstancias externas de la acción.

Además de las críticas a ese respecto ya lanzadas anteriormente, se debe decir - y ahora se empieza una crítica adicional, que todavía no se había lanzado en este trabajo - que la creencia en que la conducta humana funciona como una clase sombra que permite deducir lo interno del externo, pertenece a las denominadas teorías conductistas.

Respecto del conductismo, que es el *“primo hermano del problema de las otras mentes”*, HACKER consigna que:

*“El cartesianismo ha figurado la relación entre cuerpo y alma como se fuera un guante visible (cuerpo) en una mano invisible (alma). En el caso de la primera persona, ésta puede sentir la mano y ver los movimientos del guante. En el caso de los otros (terceras personas) se puede solamente ver el guante y sus movimientos, y uno puede inferir la existencia de la mano por los movimientos y por analogía al propio caso. El conductismo ha acertadamente repudiado la concepción cartesiana de la mente, pero ha aceptado la correlativa concepción del cuerpo – como si fuera un guante vacío que se mueve de acuerdo con las leyes de estímulo y respuesta. Pero solamente se puede obtener el esclarecimiento filosófico repudiándose las dos mitades de la visión cartesiana”.*⁵⁸¹

Así, se ha de tener claro que la conducta no es un movimiento opaco, no es una consecuencia de cuyos antecedentes son los estados mentales. La conducta no es un espejo de lo mental, sino solamente un criterio para su comprensión⁵⁸².

En esa misma perspectiva, expone HACKER, basándose en las proposiciones de WITTGENSTEIN, que:

“La conducta es, de hecho, un criterio para lo mental, pero la conducta no es meramente un movimiento sin color. Wittgenstein escribió acerca de los diferentes criterios para comprensión del pensamiento, del dolor, de la ira, alegría, deseo, miedo, intención, etc., el término conducta incluye no

⁵⁸¹ HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays, *op. cit.*, p. 119. Véase que *“WITTGENSTEIN ha repudiado tanto las concepciones cartesianas como las concepciones conductistas de cuerpo y conducta, así como la idea cartesiana de mente como figura.”* HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays, *op. cit.*, p. 124.

⁵⁸² HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays, *op. cit.*, p. 124.

*meramente el juego de las expresiones faciales y de los gestos. Por lo tanto, conducta de dolor y conducta de tristeza solamente pueden ser descritas juntamente con el acaecer externo. La conducta y las ocasiones externas pertenecen uno al otro.”*⁵⁸³

Además, la conducta aislada es un criterio insuficiente para la comprensión del significado de la acción. Es imprescindible que también se tenga en cuenta el contexto significativo de la acción, los hechos y formas de vida como su trasfondo, así como los antecedentes y consecuentes de la acción, y también las explicaciones que el agente expresa antes, durante y después de sus acciones.

En esa perspectiva, también, sigue argumentando HACKER:

“(…) no se debe tener en cuenta solamente lo que la persona hace antes, sino también lo que hace y habla después. Entonces la conducta incluye el uso de las técnicas del lenguaje y, por lo tanto, lo que el hablante significa con lo que habla, además habla sinceramente y plausiblemente. La suposición de que nosotros no ‘vemos’ realmente la ira, la tristeza, o la diversión en la cara de una persona es tan absurda como la idea de que nosotros no ‘vemos’ realmente los muebles que nos rodean en el salón, pero solamente dados de los sentidos o apariencias. La conducta, como construye Wittgenstein, es de hecho un criterio para lo mental, pero de eso no se desprende que la ira, la tristeza o la diversión son, como si fueren, cosas escondidas atrás de la cara que las manifiesta. Es decir, la mente, las emociones humanas y estados de ánimo, deseos y propósitos, pensamientos y creencias no están más escondidos detrás de su expresión conductual que el significado de una palabra esta escondido detrás de la expresión de la palabra. Es cierto que se puede suprimir nuestras emociones, ocultar nuestras intenciones y

⁵⁸³ HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the *Philosophical Investigations* (Vol. 3) Part I, essays, *op. cit.*, p. 124.

*pensamientos y mantener nuestros pensamientos para nosotros mismos, pero cuando no lo hacemos, cuando expresamos nuestros sentimientos, manifestamos nuestros propósitos y articulamos nuestros pensamientos, ellos no se quedan detrás de nuestro comportamiento expresivo”.*⁵⁸⁴

Así, los fenómenos mentales no son reductibles a expresiones corporales, ni tampoco a fenómenos de comportamiento, aunque no sean totalmente disociados de los dos. Pero, la relación entre fenómenos mentales y manifestaciones comportamentales no es causal, no puede ser descubierta de modo empírico, por medio de la teoría o mismo de la inducción. No. La relación entre acción y fenómenos causales es una relación criterial. Como ya se ha dicho, la conducta es solamente uno de los criterios para la identificación de la intención, pero no es el único⁵⁸⁵.

De tal manera, mirar la acción como el único criterio de las intenciones es palidecer el gran colorido de los significados.

Véase que HASSEMER – que innegablemente es uno de los grandes nombres de las teorías procesales – a pesar de propugnar como criterios externos *“la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión a favor de la acción peligrosa”*, indicadores éstos que tienen estrecha relación con la conducta humana (y justamente por ello llama de indicadores externos, como contraparte de algo interno al agente), también, intenta de alguna forma contextualizar la acción humana como forma de comprensión del dolo, lo que

⁵⁸⁴ HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the *Philosophical Investigations* (Vol. 3) Part I, essays, *op. cit.*, pp. 124-125.

⁵⁸⁵ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, *op. cit.*, p. 90. Como afirma LUCKHARDT, citando a WITTGENSTEIN: *“Parte de la habilidad necesaria para interpretar el comportamiento humano implica ver el comportamiento de la persona con dolor en su contexto, como algo que ocurre dentro de las circunstancias que rodean: ‘En un gran número de casos, la diferencia no es que yacía en la acción o un acompañamiento de ella, pero en las circunstancias, el entorno de la acción’”*. LUCKHARDT, C. Grant. *Wittgenstein and behaviorism*. Synthese, 1983, Volume 56, Number 3, p. 334. La cita de WITTGENSTEIN es: MS., notebook C6 (von Wright catalog, §150), p. 48.

parece adecuado y permite que se suavice la censura en contra tales propuestas⁵⁸⁶.

Sin embargo, la crítica aquí en contra de su y de otras teorías procesales es especialmente válida porque todas ellas mantienen la creencia en la relación interno y externo y limitan, de algún modo, los criterios a algo estrechamente vinculado a la conducta humana, aunque, de algún modo, se la intente contextualizar en el ambiente de la acción.

Por consiguiente, se puede concluir que las argumentaciones de las teorías procesales, de que el dolo es inferido de la acción, contienen: (i) un equívoco filosófico, una vez que el dolo no es algo interno a ser inferido de la observación de algo externo y (ii) una insuficiencia criterial, puesto que la acción y sus datos circundantes, *“los indicadores externos”* como decía HASSEMER, aunque extremadamente relevantes, constituyen criterios incompletos para la adecuada comprensión del dolo, mismo porque la acción no procede de una relación causal iniciada por algo interno.

Para intentar dejar clara la visión parcial que las proposiciones conductivas conllevan es interesante citar dos ejemplos:

Imáginese la empleada de un millonario que derrumba en el piso del salón un jarrón Ming, mientras lo limpiaba, lo que da lugar a su destrucción.

Mirando solamente la acción, aunque contextualizada, se podría creer que se trató de un simple accidente.

Sin embargo, si miramos los antecedentes (la empleada odiaba su patrón) y los consecuentes (después de caer el jarrón al piso, la mujer había esbozado una discreta sonrisa) y sus explicaciones (la mujer ya había, dicho anteriormente al hecho, a otra empleada que iba romper el jarrón Ming como venganza por el maltrato dado por su patrón), podremos llegar a conclusión distinta de la inicial.

Los aludidos criterios – no limitados a la conducta – son suficientes para rechazar la conclusión de que se trató de un accidente y demuestran

⁵⁸⁶ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, op. cit., p. 84.

claramente la existencia de dolo por parte de la agente, que intentó disfrazar el significado de su acción, fingiendo una acción descuidada.

La misma acción tendría significado distinto si distintos fuesen los criterios arriba indicados. Por ejemplo, si en lo antecedente hubiera una empleada muy feliz con su trabajo, en las explicaciones hubiera una mujer que hubiera dicho a su compañera de trabajo que amaba su empleo y que haría todo lo posible para no hacer nada de malo que motivase su eventual despido y como consecuencia hubiera caído desesperadamente en llantos después de la ruptura del jarrón; en ese segundo caso, habría seguridad en afirmar que se trató de un accidente.

Un segundo ejemplo. Imagínese un hombre conduciendo un vehículo a alta velocidad, que aparentemente pierde el control de su coche atropellando y matando un señor que caminaba por la acera.

A primera vista, la acción, aisladamente examinada, parece derivar típicamente de una conducta imprudente.

Sin embargo, mirando algunos antecedentes, se puede llegar a conclusión distinta: (i) el hombre atropellado era el amante de la esposa del que atropelló; (ii) el conductor del vehículo había salido de casa enfurecido, después de descubrir que su esposa lo traicionaba con la víctima, gritando que iba matar el amante.

De tal manera, afirmar que las circunstancias de la acción nos permiten certificar la intención, en una típica afirmación conductista, resulta equivocado e insuficiente, una vez que: (i) el dolo no es algo interno, que causa la acciones intencionales; (ii) lo interno tampoco puede ser comprendido por medio del análisis de las circunstancias externas de la acción, puesto que el interno no es inferido de lo externo; (iii) la acción no es un síntoma, sino que un criterio de la intención⁵⁸⁷, pero no es el único, siendo imprescindible considerar otros criterios como el contexto de la acción, los antecedentes y consecuentes de la acción y las manifestaciones del agente,

⁵⁸⁷ Respecto de la diferencia entre síntoma y criterio, véase: capítulo V, 3., 3.3.

antes durante y después de la acción; (iv) todos los criterios de lo “*interno*” son establecidos intersubjetivamente, de acuerdo con la praxis del agente, que está sumergida en el contexto social de su forma de vida.

Por tales razones, se deben rechazar las concepciones normativas que propugnan un examen indirecto del dolo, por medido del análisis de las circunstancias externas de la conducta.

Por fin, es de advertir que muchas de las teorías normativo-cognitivas, en lo que toca a la comprensión del aspecto cognitivo del dolo, también acaban por abogar por un psicologismo o incluso un conductismo, una vez que ni siquiera problematizan sobre cuál es la naturaleza del conocimiento necesario para la caracterización del dolo, es decir, no se sabe si defienden una visión puramente psicológica o mantienen que el conocimiento debe ser también extraído de los elementos externos de la conducta.

Sea como fuere, las dos opciones arriba mencionadas, tampoco son aceptables, bastando, en apoyo a esa afirmación, hacer referencia a la larga crítica que se viene promoviendo en el cuerpo de este trabajo con respecto de las teorías tributarias del dualismo cartesiano.

Con lo aquí expuesto, se espera haber dejado clara la necesidad del rechazo tanto de la concepción cartesiana, cuando de la concepción conductista del interno, lo que resulta, también, en un rechazo de las premisas de diversas concepciones normativas del dolo, especialmente de las denominadas concepciones procesales.

b) El problema del objetivismo

Otro problema encontrado en gran parte de las teorías normativas, que ocurre principalmente en las teorías normativo-cognitivas, consiste en la adopción de un objetivismo, que es utilizado como un intento de superación de los problemas del subjetivismo, propios de las tesis psicológicas.

El referido objetivismo normalmente es realizado en dos ámbitos. El primero se materializa por el abandono del elemento volitivo del dolo, propuesta ésta presentada exclusivamente por las teorías normativo-cognitivas. El segundo consiste en la identificación del dolo con algo objetivo y externo a la conducta, normalmente relacionado a la idea de peligro⁵⁸⁸.

La crítica al abandono del elemento volitivo, se hará más adelante, en un momento que nos parece más oportuno, ya que se realizará una defensa sobre la necesidad del mantenimiento del aludido elemento en la comprensión del dolo⁵⁸⁹.

Así, en este momento, centraremos la atención en la elección de algo objetivo como criterio identificador del dolo.

Actualmente, como se ha visto, se puede constatar una tendencia de cambio en la teoría del dolo. De un ontologismo de lo mental, consustanciado por la búsqueda de algo en la mente del agente, hacia un objetivismo, consustanciado por conceptos objetivo-normativos de peligro, identificados, por ejemplo, como ya consignado en este trabajo, por expresiones como: (i) la cualidad del conocimiento⁵⁹⁰; (ii) la no cobertura del peligro⁵⁹¹; (iii) la cualidad del peligro⁵⁹² o (iv) el conocimiento de un riesgo concreto⁵⁹³.

De tal manera, las denominadas teorías normativas utilizan un concepto de dolo anclado fundamentalmente en una idea de peligro.

La crítica que aquí se pretende emprender en contra esa idea, puede ser subdividida en dos puntos: (i) una crítica a la creencia en la posibilidad de la identificación del peligro como algo objetivo y real en el mundo; y (ii) una

⁵⁸⁸ Por todos, confírase: ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*, op. cit., p. 447.

⁵⁸⁹ Véase capítulo V, 3.

⁵⁹⁰ SCHMIDHÄUSER, Eberhardt. *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventuales" und bewußte Fahrlässigkeit)*, op. cit., pp. 241 y ss.

⁵⁹¹ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, op. cit., pp. 249 y ss.

⁵⁹² PUPPE, Ingeborg. *NK. § 15*, op. cit., pp. 592 y ss.

⁵⁹³ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*, op. cit.

crítica a la creencia en la posibilidad de una evaluación normativa respecto de ese peligro, como un juicio de imputación.

En primer lugar trataremos acerca de la creencia de que es posible la identificación real de un peligro objetivo.

Para ello, es importante explicar cómo las teorías normativas comprenden la relación del hombre con el mundo a su alrededor y para emprender tal explicación, es necesario hacer un brevísimo recordatorio acerca de cómo los sistemas causalistas y finalista vislumbraban tal relación y cuál fue la posición adoptada por los sistemas funcionalistas, en especial el funcionalismo teleológico, que, no hay dudas, constituye el gran referente teórico de la mayoría de las teorías normativas.

El sistema clásico de von LISZT, como se sabe, se desarrolló bajo las influencias del modelo positivista de ciencia, con tintes naturalistas, en que se admiraba lo científico y se rechazaba el metafísico, siendo que, en referido sistema, conforme puntúa MIR PUIG, se:

“(...) vio en el dato real del Derecho positivo el material empírico susceptible de observación científica y adoptó frente al mismo un método descriptivo y clasificadorio próximo en parte al empleado por las ciencias naturales ⁵⁹⁴

⁵⁹⁴ MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho penal*. En Imputación Objetiva y Dogmática Penal. Universidad de Los Andes: Mérida, 2005, pp. 28-29. MIR PUIG complementa: “Binding representó en Alemania una primera versión de este positivismo jurídico, que pretendió científicidad excluyendo los juicios de valor y limitando su objeto al Derecho positivo. Von Liszt caracterizó una segunda versión del positivismo jurídico, que compartió la utilización de un método descriptivo y clasificadorio que excluía lo filosófico y los juicios de valor, pero se diferenció por tender puentes a la consideración de la realidad empírica no jurídica: el positivismo de von Liszt fue un positivismo jurídico con tintes naturalistas.” MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho penal*, op. cit., p. 29.

Ya en el sistema neoclásico, como ya se ha advertido, se propugnó una comprensión valorativa de los conceptos jurídicos-penales, sin renunciar, empero, a una pretensión de cientificidad del Derecho⁵⁹⁵.

Por su parte, el finalismo propugnó un giro ontológico, en que se defendía que el Derecho penal debería respetar la naturaleza de las cosas, una vez que *“Welzel sostuvo que el significado de los hechos procede de la forma de ser de los hechos”*⁵⁹⁶, siendo que:

“(...) la acción humana puede considerarse desde el punto de vista causal naturalístico, que es lo que hacemos cuando nos importan los movimientos musculares, pero ha de tomarse en su dimensión de finalidad cuando

⁵⁹⁵ Así, también, explica MIR PUIG: *“(...) el neokantismo de la escuela sudoccidental ofreció una fundamentación metodológica que permitió entender los conceptos jurídico-penales como conceptos valorativos, que puso su punto de mira en su significado esencialmente valorativo, sin por ello renunciar a la pretensión de cientificidad. Windelband y, sobre todo, Rickert desarrollaron una fundamentación neokantiana de las ciencias del espíritu o culturales como dotadas de un método distinto al de las ciencias naturales y al de las formales, método que distingue a las ciencias culturales por exigir la referencia a valores. Varios penalistas que a su vez eran filósofos del Derecho, especialmente Radbruch, se percataron de la utilidad de este enfoque metódico para la dogmática jurídico-penal.”* MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho penal*, op. cit., pp. 29-30. Sin embargo, como advierte VIVES ANTÓN, la concepción neoclásica, sigue teniendo en cuenta una visión naturalistas de la “realidad”, una vez que: *“(...) en las formulaciones neokantianas el impulso de la voluntad, la energía psíquica que hace que el cuerpo se mueva, pertenece al dominio de la naturaleza y se halla regida por la causalidad, sin que los contenidos de la voluntad puedan influir para nada, ni en su intensidad, ni en su dirección. Del contenido de la voluntad proceden sólo las formas bajo las que captamos algo que, en última instancia, es sólo naturaleza, como vida social. La naturaleza es lo que percibimos mediante la experiencia y conceptuamos mediante leyes, y esa realidad natural es la realidad básica. Sobre esa realidad básica proyecta el contenido de la voluntad fines y valores que nos permiten otorgarle sentido.”* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 432. En otro momento, VIVES ANTON hace la siguiente crítica, al afirmar que los neokantianos: *“(...) en vez de renunciar a la causalidad como categoría básica, intentaron complementarla con una teoría de los valores a la que le falta el suelo bajo los pies.”* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 746

⁵⁹⁶ MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho penal*, op. cit., p. 33.

tratamos de descubrir su específico significado humano, porque éste no depende de nosotros, sino de dicha finalidad. También a Welzel le interesa, pues, el significado de la acción, pero, a diferencia de los neokantianos, cree que dicho significado no se lo atribuimos, sino que pertenece a la propia naturaleza de la acción: a la propia “naturaleza de la cosa”, en el sentido de que constituye su “estructura lógico-objetiva”.⁵⁹⁷

De tal manera, por lo que nos interesa en este momento, es posible afirmar que las teorías causalistas partían de una concepción naturalista de mundo, mientras que la teoría finalista, lo comprendía desde una visión ontológica.

Ahora sigue la pregunta que nos importa contestar: ¿Y las teorías funcionalistas, que básicamente son las que hospedan las teorías normativas, cómo comprendían la relación del hombre con el mundo?

La respuesta es un poco frustrante, una vez que el funcionalismo teleológico no llegó a contestar epistemológicamente la visión ontológica del finalismo⁵⁹⁸.

Es justamente por ello que se puede afirmar que, con el causalismo y finalismo, se acaban las grandes discusiones filosóficas acerca de la teoría del conocimiento, siendo que las tesis naturalistas y ontológicas no fueron propiamente refutadas. Lo que pasó es que tales discusiones perdieron la importancia con el funcionalismo teleológico⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho penal*, op. cit., p. 34.

⁵⁹⁸ Cf.: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 764.

⁵⁹⁹ Exactamente en ese sentido es la advertencia de VIVES ANTÓN: “Si me he detenido en la exposición del causalismo y del finalismo es porque, en mi opinión, con ellos termina el papel de la «gran teoría» en Derecho Penal; esto es, el papel de los sistemas levantados sobre grandes categorías prejurídicas, sean ‘científicas’ u ‘ontológicas’, y derivados lógicamente de ellas.

El causalismo y el finalismo han muerto, por así decirlo, de viejos. Sus tesis centrales –el carácter lógico u ontológico de la causalidad y la determinación del significado de las acciones a través de la

Ello porque, para ROXIN, el problema del finalismo no era su modo de comprender el mundo, sino que la ausencia de consideración respecto de criterios políticos-criminales para la comprensión del Derecho penal, conforme se puede ver en la obra fundacional del funcionalismo, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*⁶⁰⁰.

En ese sentido, ROXIN propugna claramente una referencia a la realidad⁶⁰¹:

*“(...) a pesar de los fundamentos normativos, la referencia a la realidad de una tal dogmática es más estrecha que en el reino de las pirámides sistemáticas conceptuales. Pues, mientras que las abstracciones, ascendiendo cada vez más, se alejan en creciente medida de la realidad, el despliegue de los respectivos puntos de vista político-criminales rectores, obliga a tener en cuenta toda la materia jurídica; únicamente la extensión de la realidad vital, con todos sus cambios, posibilita esa concretización de los criterios que en el caso concreto pone de relieve un resultado justo - es decir, adecuado a la especialidad del caso -. La idea, muchas veces invocada, de la naturaleza de las cosas no significa otra cosa que un punto de vista valorativo rector que, según la naturaleza del substrato jurídico, puede conducir a resultados esencialmente divergentes.”*⁶⁰²

voluntad final – no han sido abandonadas ni refutadas: simplemente, han pasado a un segundo plano.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 764.

⁶⁰⁰ ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, op. cit.

⁶⁰¹ ROXIN, como sostiene MIR PUIG, “admite que el normativismo encuentra un límite en la realidad empírica, la cual tendría sus propias exigencias y condicionaría las construcciones jurídicas y las soluciones a que deben conducir”. MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho penal*, op. cit., p. 28.

⁶⁰² ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, op. cit., pp. 102-103. Véase que ROXIN elige ese realismo como uno de los tres pilares para un sistema penal bueno, al afirmar que: “los tres requisitos fundamentales que deben exigirse de un sistema fructífero” son “claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades político-criminales” ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, op. cit., p. 57.

Todo este recorrido fue necesario para entender como es comprendida la evaluación del peligro para muchas de las teorías normativas, especialmente las filiadas al funcionalismo teleológico⁶⁰³. Y la conclusión a que se llegó es que, para sus partidarios, el peligro debe ser identificado desde una visión ontológica, aunque la adopción de tal concepto, como referente para el dolo, innegablemente resulte de una clara opción político-criminal y, por lo tanto, normativa, sobre la cuál se hablará en el momento oportuno⁶⁰⁴.

Precisamente esa visión ontológica utilizada para la comprensión del peligro es la que será, en este momento, objeto de crítica⁶⁰⁵.

Antes de realizarla, entre tanto, parece relevante aquí identificar claramente, en qué consiste el objetivismo propugnado por las principales teorías normativo cognitivas. Para ello, vamos a ver si de hecho y en qué medida las referidas teorías realmente proponen una identificación objetiva, con lo que vale recordar un poco el contenido de sus propuestas.

⁶⁰³ Aunque se dejando de lado, por el momento, el funcionalismo estratégico de JAKOBS, que parte (o partía) de una concepción puramente normativa. JAKOBS, de acuerdo con MIR PUIG, *"contempla el Derecho como un sistema normativo cerrado, autorreferente, y limita la dogmática jurídico-penal al análisis normativo funcional del Derecho positivo, con exclusión de consideraciones empíricas no normativas y de valoraciones externas al sistema jurídico-positivo."* MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho penal*, op. cit., p. 28. Así, también, afirma VIVES ANTÓN: *"Jakobs se ha deshecho de todo compromiso ontológico en un sentido muy radical. A los conceptos penales no corresponde ningún tipo de «objetividad» y los hechos relevantes para el Derecho penal no pueden ya ser entendidos como producto de un encadenamiento natural – como el del verano y el otoño – sino que, como sucesos sociales, han de explicarse a modo de expresiones y réplicas."* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 451.

⁶⁰⁴ Confiérase el capítulo IV, 2., 2.2.

⁶⁰⁵ Vale referir que la crítica que se realizará será una crítica a la gramática profunda de las teorías que adoptan las premisas aquí criticadas. Evidentemente, caso alguna teoría normativa adopte otro paradigma o premisas que no las aquí expuestas la crítica no les es aplicable.

Desde luego se puede afirmar que la tesis de JAKOBS propugna claramente una perspectiva objetivista, puesto que toma en cuenta para la caracterización del dolo solamente parámetros impuestos por el Derecho. Es decir, para JAKOBS la identificación o no de una conducta como dolosa depende de la existencia o no de una indiferencia del autor en relación al resultado, evaluada desde criterios puramente normativos (infidelidad en sentido jurídico). O sea, lo objetivamente considerado por el Derecho como una infidelidad caracteriza el dolo, independientemente de consideraciones subjetivas del agente⁶⁰⁶.

La propuesta de SCHMIDHÄUSER, que diferencia la existencia o no del dolo en el conocimiento o desconocimiento de las circunstancias actuales del hecho, también, propugna, sin dudas, un objetivismo, una vez que conceptúa el dolo de acuerdo con el conocimiento o desconocimiento de una situación objetiva de peligro⁶⁰⁷. Del mismo modo, la tesis de HERZBERG es realmente una teoría objetiva, ya que propone que la caracterización del dolo dependa de la constatación de una situación de peligro objetivo, que debe ser conocida por el sujeto⁶⁰⁸. En ese caso, lo que importa es lo objeto y no el sujeto.

Así, también, es la propuesta de PUPPE que ancla su conceptualización en la idea de peligro de dolo, es decir, un peligro objetivo que caracteriza una situación de dolo⁶⁰⁹. La propuesta de PUPPE, sin embargo, intenta realizar una pequeña matización en ese objetivismo, proponiendo que se debe tener en cuenta, también, la aprobación del autor con relación al resultado lesivo. Sin embargo, la influencia subjetiva es solamente aparente, ya que PUPPE sostiene que la aludida aprobación debe ser evaluada objetivamente, por medio de un modelo de persona racional⁶¹⁰, es decir, un modelo objetivo, en

⁶⁰⁶ JAKOBS, Günther. *Dolus Malus*, op. cit., p. 108.

⁶⁰⁷ SCHMIDHÄUSER, Eberhardt. *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat*, op. cit., p. 241.

⁶⁰⁸ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster*, op. cit., p. 262.

⁶⁰⁹ PUPPE, Ingeborg. *NK. § 15*, op. cit., Rn. 64, p. 616.

⁶¹⁰ PUPPE, Ingeborg. *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, op. cit., pp. 14-15.

que se deja de se lado la situación concreta del sujeto y analizase solamente la situación objetiva.

Por otro lado, con relación a la teoría de FRISCH se constata que no se trata de una propuesta puramente objetiva, ya que, para la caracterización del dolo, el sujeto debe, desde una visión psicológica, decidir en contra del bien jurídico, por medio del conocimiento del riesgo⁶¹¹. Así, la crítica filosófica que se puede hacer en contra la teoría de FRISCH es la ya referida a las tesis psicológicas y no la que se hace en este momento con relación al objetivismo.

Como se puede ver, las teorías de JAKOBS, SCHMIDHÄUSER, HERZBERG y PUPPE, propugnan una efectiva teoría objetiva, en que, lo relevante para la caracterización del dolo, son las condiciones objetivas constatadas en el caso, no importando consideraciones relativas al sujeto de la acción.

Esa opción de buscar una identificación objetiva del peligro, deriva de una concepción que pretende obtener *“la objetividad del conocimiento”*, en que, conforme explica HABERMAS, con apoyo en RORTY:

*“(...) la objetividad queda asegurada cuando el sujeto representador se refiere de manera correcta a su objeto. Controla la subjetividad de sus representaciones sobre la base del mundo objetivo: ‘El concepto ‘subjetivo’ [es] lo contrario de ‘corresponde con lo que hay afuera’ y, por tanto, significa tanto como ‘es meramente el producto de aquello que ocurre aquí dentro’”.*⁶¹²

De acuerdo con ese modelo filosófico - adoptado consciente o inconscientemente por las referidas teorías normativo-cognitivas -, el correcto pensamiento representativo conlleva lógicamente a un conocimiento objetivo, una vez que aprehende el mundo que aparece, siendo que la verdad de los

⁶¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte general*. Tomo I, op. cit. p. 439.

⁶¹² HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*, op. cit., p 233.

juicios es garantizada por la correspondencia con la realidad, ya que está fundada en la realidad misma⁶¹³.

Tal perspectiva, es nada más que el resultado de una visión realista del mundo, es decir, una perspectiva que defiende que el mundo es como es independientemente de las percepciones o sentimientos subjetivos del autor que lo describe⁶¹⁴.

Ese realismo tradicional tiene supuestos metafísicos que pueden ser resumidos en los siguientes: (i) los objetos forman una totalidad y pueden ser clasificados, siendo que afirmaciones epistémicas pueden ser referidas a ellos; (ii) tal totalidad tiene “*propiedades*”, “*formas*” o “*universales*”, que son fijos para siempre; (iii) el significado de las palabras debe necesariamente corresponder a una de estas “*propiedades*”, “*formas*” o “*universales*” y (iv) hay una totalidad definida que abarca toda la posibilidad de afirmaciones epistémicas, que son fijas e independientes de los sujetos epistémicos⁶¹⁵.

La objetividad anclada en el realismo tiene los siguientes contornos:

“(...) la objetividad debe ser entendida por medio de la distinción sujeto/objeto, que es así explicada: toda proposición para la cual damos asentimiento en virtud de la naturaleza del sujeto – aquel que conoce el objeto – es subjetiva; por lo tanto, no es objetiva. Objetiva es una proposición cuyo asentimiento es dado en virtud de la naturaleza del objeto del conocimiento, cuya existencia y, por consiguiente, la naturaleza son admitidas como independientes de nosotros, de nuestra naturaleza (nuestras

⁶¹³ HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*, op. cit., p 234.

⁶¹⁴ En ese sentido, GOETHE afirma sobre el realismo que: “El supuesto es que las cualidades primarias son «objetivas» o «reales» precisamente porque ofrecen los criterios de identidad para los objetos científicos o «cuerpos físicos» tal como son independientemente de la perspectiva del observador.” GOETHE, Norma B. *Introducción*. En PUTNAM, Hilary. *Sentido, sinsentido y los sentidos*. Paidós: Barcelona, 2000, p. 21.

⁶¹⁵ GOETHE, Norma B. *Introducción*, op. cit., p. 28.

*habilidades, capacidades, inclinaciones, deseos, expectativas, temores, etc.).*⁶¹⁶

Por tanto, para el objetivismo, el mundo no se vincula a los sujetos, sino que simplemente a los objetos, que existen independientemente de los sujetos.

Sin embargo, tales premisas realistas y su respectiva visión de objetividad entrañan una fantasía, una ilusión metafísica, una clase de imagen idealizada de la realidad fija, que impone la totalidad de las descripciones posibles del mundo⁶¹⁷.

Desde esa misma perspectiva, VIVES ANTÓN explicita sus consideraciones críticas:

“A esa ilusión corresponde inmediatamente la ilusión de objetividad, la ilusión de que hay hechos u objetos ideales (que corresponden a nuestras ideas) y de que hay hechos procesos u objetos mentales, configurados (unos y otros), sobre el modelo de los procesos físicos; y de que por tanto, así como puedo contemplar con los ojos de la cara la naturaleza, puedo también ver, con los ojos de la mente, los objetos ideales o los pensamientos, sentimientos o procesos internos.

(...)

El hecho de que se siga buscando una definición objetiva y precisa, como si fuera una panacea, pone de manifiesto que los errores e ilusiones denunciados conducen inexorablemente a intentar solventar toda clase de problemas como

⁶¹⁶ MACHADO, Alexandre Noronha. *Lógica e forma de vida: Wittgenstein e a natureza da necessidade lógica e da filosofia*. São Leopoldo: Editora Unisinos/ANPOF, 2007, pp. 248-249. Así, también, GLOCK que afirma que: *“De acuerdo con las concepciones objetivistas o lógicas, conceptos existen independientemente de la mente individual de los seres humanos”*. GLOCK, Hans-Johann. *Concepts: Between The Subjective and the Objective*, op. cit., p. 307.

⁶¹⁷ GOETHE, Norma B. *Introducción*, op. cit., p. 32.

*si fuesen problemas teóricos y, en consecuencia, a resolver los problemas prácticos sobre la base de un solo tipo de racionalidad; es decir, a través de la racionalidad científica, o a excluirlos como irracionales. Pero esa postulada racionalidad científica no se apoya en la ciencia tal como es –una serie inacabada e inacabable de conjeturas y refutaciones, para caracterizarla en términos popperianos–; sino en una suerte de metafísica científista que, disfrazada con el manto de la ciencia, prescinde del sentido común y de la inteligencia crítica.”*⁶¹⁸

Y continúa VIVES ANTÓN con su crítica:

“Frente a esa metafísica que apela a la ciencia como el único árbitro de nuestra comprensión de la realidad cabe afirmar, con Skolimowski, que ‘la racionalidad científica, es solamente una encarnación específica de la razón, no el alfa y omega de toda razón. Si una manifestación de la razón conduce a la confusión y al oscurantismo en lugar de iluminarnos, es que se ha convertido en una forma degenerada de la razón’ de la que, por lo tanto, hay que prescindir.

*Si es que algo dice en este punto la reflexión efectuada a lo largo de esta obra es, precisamente, que el tipo de racionalidad con que se han edificado los sistemas dogmáticos descansa en una falsa ilusión y que, por lo tanto, solo conduce a errores preñados de consecuencias inaceptables.”*⁶¹⁹

La búsqueda por ese concepto de peligro resulta justamente de esa falsa idea de que es posible identificar criterios transcendentales para la caracterización del dolo (condiciones *a priori* de la posibilidad de experiencia),

⁶¹⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., pp. 1024-1025.

⁶¹⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 1026.

cuando, en verdad, distorsionan el significado de las acciones, una vez que resultan de una ilusión gramatical⁶²⁰.

El problema de esa concepción objetivista es que, aunque se libere parcialmente de las concepciones naturalistas, se mantiene vinculada a una concepción “lógica” – o “científica” – intentando hablar del peligro de modo objetivo, concibiéndolo de forma unitaria⁶²¹.

La aludida concepción lógica o científica tiene como punto fundamental la generalidad de conceptos por medio de la identificación de algún punto común, en el caso del dolo, la búsqueda por la generalidad es intentada, como hemos dicho, justamente por medio del concepto de peligro, que se pretende general y unitario.

Textualmente, acerca de esa mala influencia del pensamiento científico junto a los filósofos, WITTGENSTEIN asevera que:

“(...) nuestro ansia de generalidad tiene otra fuente principal: nuestra preocupación por el método de la ciencia. Me refiero al método de reducir la explicación de los fenómenos naturales al menor número posible de leyes naturales primitivas; y, en matemáticas, al de unificar el tratamiento de

⁶²⁰ Tratase de típico expediente de influencia kantiana, cuya critica es así señalada por HABERMAS: “Actualmente, Kant ha caído en descrédito como maestro pensador, debido a que ha creado una nueva disciplina, la teoría del conocimiento, valiéndose de las fundamentaciones transcendentales. De este modo ha definido la tarea o, mejor dicho, la profesión de la filosofía de una forma nueva y muy ambiciosa. Dos son los aspectos que hoy nos hacen considerar dudosa esta vocación del filósofo.

La duda se relaciona de modo inmediato con el fundamentalismo de la teoría del conocimiento. Cuando la filosofía se atribuye un conocimiento antes del conocimiento, establece un terreno propio entre ella misma y las ciencias, en el cual ejerce sus funciones de dominación. Al aspirar a explicar, de una vez por todas, los fundamentos de las ciencias y definir para siempre los límites de lo experimentable, la filosofía señala su lugar a las ciencias. Parece como si esta función acomodadora (Platzanweiser) superara a la filosofía.” HABERMAS, Jürgen. *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*. Trad. Ramón Cotarelo García. Madrid: Editora Trotta, 2008, p. 14.

⁶²¹ Así es la crítica de VIVES ANTÓN en contra las bases de la teoría de la imputación objetiva. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 316.

*diferentes temas mediante el uso de una generalización. Los filósofos tienen constantemente ante los ojos el método de la ciencia y sienten una tentación irresistible a plantear y a contestar las preguntas del mismo modo que lo hace la ciencia. Esta tendencia es la verdadera fuente de la metafísica y lleva al filósofo a la oscuridad más completa”*⁶²²

Además, conforme enseña VIVES ANTÓN, tal ansia ocurre justamente por que:

*“(…) la dogmática esgrime la pretensión de lograr una interpretación que dé un sentido seguro y estable a las palabras de la ley, operando con un método ‘científico’; pero, para obtener ese significado seguro y estable, abstrae palabras del contexto de uso en que se hallan formuladas y las sitúa en un marco categorial variable según cada propuesta que, inevitablemente, cambia su sentido.”*⁶²³

Hay, así, una imposibilidad gramatical en el intento de proponer respuestas con pretensiones científicas, es decir, es un equívoco creer en una valoración unitaria y general del peligro, una vez que el peligro puede aparecer en situaciones tan distintas y en contextos tan variados que no hay nada que los una, que les dé uniformidad, a no ser un cierto aire de familia.

Respecto de la ilusión conceptual, merece la pena citar lo que advierte VIVES ANTÓN:

“(…) los conceptos proporcionarán un total esclarecimiento del sentido, capaz de eliminar cualquier duda acerca de la aplicación de cualquier palabra si está correctamente definida. Pues bien, en la falsedad de esa promesa se

⁶²² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Los Cuadernos Azul y Marrón*, op. cit., p. 45.

⁶²³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 771.

*muestra, por sí mismo, el carácter ilusorio de la pretensión de dar fijeza al significado determinándolo mediante conceptos pues ‘ninguna expresión ni siquiera un concepto dado mediante una nota definitoria puede tener un sentido (totalmente) determinado. (...) De modo que no podemos alcanzar la determinación del sentido mediante estipulaciones definitorias, pues ese camino nos conduciría a nuevas estipulaciones sobre los términos de la primera definición y así ad infinintum.’*⁶²⁴

De tal manera, es posible afirmar que la idea de peligro no puede determinar absolutamente el significado del dolo⁶²⁵. Ello porque, como afirma RHEES, “*el lenguaje no tiene ese tipo de unidad*”⁶²⁶.

Así, lo punto argumentativo fundamental que se pretende exponer en este capítulo es que para identificar el dolo no es posible apelar a ninguna clase de realidad externa y objetiva.

Tenemos que acudir al lenguaje, a las prácticas lingüísticas e institucionales, a las expectativas ancladas en el habito y a la significación contextual de la acción, ante lo que cualquier intento de objetivación podrá llevar a evaluaciones equivocadas y a una mala aplicación de la gramática del dolo.

Por consiguiente, utilizar como criterio para el dolo el grado de peligro, como, por ejemplo, la alta probabilidad de que algo ocurra, puede generar comprensiones distorsionadas sobre el significado de nuestras

⁶²⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 776.

⁶²⁵ Sobre la determinación absoluta del lenguaje, MACHADO afirma que: “*Un ideal impuesto al lenguaje independientemente del análisis efectivo de las proposiciones es un ideal absoluto, que no lleva en cuenta los propósitos particulares involucrados en las diversas clases de usos del lenguaje. (...) El lenguaje, entre tanto, según Wittgenstein, no tiene un propósito que pueda ser determinado independientemente y que pueda servir para determinación del ideal absoluto del lenguaje.*” MACHADO, Alexandre Noronha. *Lógica e forma de vida*, op. cit., pp. 231-232.

⁶²⁶ RHEES, Rush. *Prefacio*. En WITTGENSTEIN, Ludwig. *Los Cuadernos Azul y Marrón*, Madrid, ed. Tecnos, 2003, p. 19.

acciones, una vez que, muchas veces, no lleva en cuenta, por ejemplo, el altísimo dominio de una técnica que determinadas personas poseen.

Para ilustrar esa afirmación, se puede citar el siguiente ejemplo en que había bajísima probabilidad del resultado, pero en que resultaría claramente incongruente, desde las perspectivas teorías del dolo, negarse su caracterización como dolosa.

En marzo de 2002, en Afganistán, el francotirador (*sniper*) del ejército canadiense, Robert Furlong, ayudado por el observador Tim McMeekin, efectuó tres disparos contra soldados talibán, logrando lesionar y matar a uno de ellos a una distancia de 2,5km (dos kilómetros y medio).

Desde patrones probabilísticos, esto es considerado un disparo imposible. Los soldados talibanes se encontraban a una distancia, desde criterios estadísticos, considerada segura, es decir, sin peligro. En ese caso, sin embargo, resulta inamisible negar la existencia de dolo, dada la manifiesta intención de matar.

Ese ejemplo – así como el de la ruleta rusa – solamente confirman la crítica en el sentido de que la probabilidad o el grado objetivo del peligro no son criterios aceptables para la identificación de una conducta como dolosa o no. Aunque se tenga que reconocer que, en muchos casos, hay una coincidencia entre situaciones de alto grado de peligro – que no son objetivas – y situaciones de dolo.

Todo lo que fue aquí afirmado deja bien claro que, en las teorías normativas, hay también un serio problema de paradigmas, una vez que sus concepciones derivan de un pensamiento todavía anclado en una filosofía prelingüística, que conlleva a equívocos gramaticales, creando fisuras y fallas en las teorías construidas sobre tal base, ya que no tienen en cuenta la fuerza de los significados lingüísticos en las acciones humanas.

En ese sentido, sobre la diferencia de paradigmas, se invoca una vez más a VIVES ANTÓN:

*“Aun más: en la filosofía de la acción se observa un cambio de paradigmas. La acción se concebía ontológicamente, como algo que hay en el mundo, y pasa, en el pensamiento de autores muy significativos, a entenderse, no como lo que los hombres hacen, sino como el significado de lo que hacen; no como sustrato, sino como sentido; y, consecuentemente, la determinación de si se está ante una acción – y la del tipo de acción ante el que se está – ya no se efectúa con parámetros psico-físicos, mediante el recurso de la experiencia externa e interna, sino que tiene lugar en términos de reglas, eso es, en términos normativos. Es el seguimiento de reglas (y no un inaprehensible acontecimiento mental) lo que permite hablar de acciones, al dar lugar a lo que las constituye como tales (el significado) y la diferencia de simples hechos.”*⁶²⁷

El tema del cambio de paradigma filosófico, sin embargo, merece un examen más profundo, al que dedicaremos una atención más detallada en momento oportuno, de modo que se tratará de exponer, de la forma más clara posible, el salto cualitativo operado por las propuestas de la filosofía del lenguaje, propugnado especialmente por la filosofía de WITTGENSTEIN, en la segunda fase de su carrera filosófica.

Antes, sin embargo, se impone concluir que no se puede adoptar un concepto objetivo de peligro como criterio para la definición del dolo, una vez que (i) no hay tal cosa como un peligro objetivo y (ii) el grado peligro y la alta probabilidad, por sí solos, no son buenos criterios para la identificación del dolo, aunque en muchos casos la situación de dolo sea coincidente con situaciones de peligro o probabilidad de daño. Por esas razones es que resulta imprescindible la búsqueda por otros criterios para la caracterización del dolo, que lleven en cuenta principalmente los significados lingüísticos de las acciones, como se propone a hacer en este trabajo.

Además, cumple, a la continuación, poner también de manifiesto otro problema derivado de la adopción de las teorías normativas, que es la

⁶²⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 213.

propuesta de realización de juicios de imputación como forma de identificación del dolo.

2.2. Las desventajas y peligros de un juicio de imputación

Como ya se ha advertido algunas veces en este trabajo, el funcionalismo teleológico defiende que la teoría del delito debe ser necesariamente iluminada por objetivos político-criminales, consustanciados básicamente por la protección de los bienes jurídicos.

En la teoría del dolo ello no podría ser distinto. El concepto de dolo, para muchas teorías partidarias o derivadas del funcionalismo teleológico, es claramente influenciado por criterios político-criminales.

La adopción del peligro como fuente identificadora del dolo es la señal que marca claramente esa influencia, una vez que, también, consustancia la cara valorativo-normativa del concepto de dolo, puesto que, con tal elección, se busca evitar que los agentes pongan en peligro los bienes jurídicos que deben ser protegidos por el Derecho penal.

Pero es justamente ahí que surge nuestra segunda crítica a la elección del concepto de peligro (o algo parecido) para la caracterización del dolo.

El problema, sin embargo, no reside en la atención, dada por la teoría del dolo, a los criterios político-criminales.

El problema reposa en el hecho de que, al elegirse el peligro para la definición del dolo, la teoría penal – además de incurrir en la ilusión, ya denunciada en el apartado anterior – está, en verdad, pretendiendo imputar a alguien la responsabilidad por una acción dolosa, pero sin tener en consideración, como foco central, el significado de esa acción.

De tal manera, la valoración jurídica de las conductas que pueden ser adscriptas como dolosas, ya no se asentarán más en acciones, que cualquier

ciudadano pueda identificar, sino en “daños y peligros que deben ser evitados” ⁶²⁸, y, así, la teoría del dolo pasa a girar alrededor de un “‘lenguaje de responsabilidad’ en que la propia idea de acción queda disuelta en términos de competencia y atribución.” ⁶²⁹

En ese caso, conforme asevera VIVES ANTÓN:

“El contenido del dolo viene (...) determinado por el sistema normativo y es el ‘deber’ normativo (cualquiera que sea la forma en que se afirma que lo hace) el que determina el entendimiento de la acción, hasta el punto de que la responsabilidad, según la llamada ‘teoría cognitiva’, pasa a ser un aspecto esencial del concepto de acción.” ⁶³⁰

De tal manera, el Derecho penal, en lugar de tener en cuenta las acciones o omisiones que son prohibidas, en lo que toca a los delitos resultativos, pasa a reprimir una serie variada e incierta de circunstancias que pueden resultar peligrosas para los bienes jurídicos⁶³¹.

⁶²⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 770.

⁶²⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 769.

⁶³⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 765.

⁶³¹ Sobre los problemas de una posición en ese sentido, véase la advertencia de VIVES ANTÓN al hablar sobre los delitos de deber: “(...) el legislador, si ha de respetar las exigencias constitucionales de seguridad jurídica, ha de tipificar conductas; es decir, acciones u omisiones: sólo así los ciudadanos pueden prever las consecuencias de sus actos; y, generalmente, así lo hace. Cuando, por excepción, tipifica mediante la referencia a deberes, esa referencia ha de poder traducirse nítidamente en acciones u omisiones prohibidas u ordenadas; de modo que no hay más remedio que colocar la acción o la omisión en su lugar, esto es, en el principio, como el momento constitutivo del significado social primario de la conducta, sobre el que pueden erigirse, ulteriormente, otras determinaciones de sentido, que habrán de reposar sobre ese significado primario: sólo si cabe calificar previamente la conducta como la acción u omisión descrita por el tipo, puede v.gr. imputarse a alguien como mérito o demérito, como infracción del deber o como cumplimiento del deber.

De modo que cuando la idea de acción es desplazada por la de competencia e imputación y la de ejecución o realización por la de infracción de un deber se está colocando el carro delante de los bueyes y, de ese modo, se acaba sacando de quicio el lenguaje y menoscabando su función de garantía: se hace,

Por consiguiente, en las teorías normativas que determinan el dolo exclusivamente desde parámetros objetivos de peligro, el ciudadano ya no tiene más delante de sí una prohibición de realizar intencionalmente acciones u omisiones descritas en los tipos penales, sino que cabe a él evitar involucrarse en situaciones que representen posibles menoscabos a los bienes jurídico-penalmente protegidos. Con ello, el dolo de lesión, por lo menos en los delitos puramente resultativos sin medio determinados, pasa a ser, en última análisis, un dolo de peligro⁶³².

En ese sentido, el significado de la acción se disuelve en interpretaciones del tipo penal, de modo que se va alejando cada vez más del tenor literal de la ley, con serios perjuicios a la seguridad jurídica y al principio de la legalidad⁶³³.

En otras palabras, con la adopción de algunas propuestas normativas, que defienden la idea de peligro, el momento central del dolo pasa a ser definido, no por el significado de la acción, sino que por la infracción a un deber jurídico, una vez que lo que decide si una conducta es dolosa pasa a ser una violación a un deber impuesto por el Derecho.

Pero, al proceder así, se pierde el referencial significativo de la acción y el papel sustantivo expresado por la intención en la acción⁶³⁴.

Además, se promueve un cambio en la evaluación de las conductas, una vez que se pasa de un juicio respecto del significado de la acción a un juicio de imputación de responsabilidad por violaciones a deberes jurídicos⁶³⁵.

no aplicación de la ley, sino mala «filosofía» de la ley; y así comienza una ceremonia de la confusión, en la que actuar y omitir son equivalentes; pues lo importante no es lo que los diferencia, sino algo que tienen en común: la organización del autor (sic.); y en la que, pese que sólo la ejecución es un hecho y sólo el hecho quebranta externamente el Derecho, su realización no es el momento que determina la autoría.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del Sistema Penal, op. cit., pp. 788-789.

⁶³² En ese sentido, SCHÜNNEMANN advierte que algunas teorías objetivas acaban por “tratar de forma unitaria el dolo de peligro y el dolo de lesión”. SCHÜNNEMANN, Bernd. *De un Concepto Filológico a un Concepto Tipológico del dolo*, op. cit., p. 426.

⁶³³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 766.

⁶³⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 288.

La propuesta de hacer un juicio de imputación incurre, también, en una confusión entre el plano significativo y el de atribución de responsabilidad, puesto que, conforme advierte VIVES ANTÓN (aunque en este caso esté hablando acerca de la teoría del dominio del hecho):

*“La pregunta a la que tratan de responder no es la que inquiere por la realización del hecho, sino la de quién o quiénes son los responsables del delito (y en qué medida lo son). Se sitúan, pues, en otro plano, en el que, muy probablemente, puedan ofrecer algún rendimiento, aunque tal vez no tanto como el que esperan obtener de ellas quienes con tanto fervor las profesan.”*⁶³⁶

En suma, gran parte de las propuestas normativas llevan a que: (i) se adopte para la caracterización del dolo un deber normativo; (ii) el Derecho penal pase, no ya a comunicar la prohibición de acciones y omisiones que caractericen el injusto doloso, sino a imponer la interdicción de involucrarse

⁶³⁵ En este sentido es la crítica que VIVES ANTON dirige contra la imputación objetiva, cuyas razones pueden ser muy bien aplicadas al caso del dolo: “Hay” en la doctrina de la imputación objetiva “una especie de ‘imputacionismo’ universal para el que toda explicación y todo modo de comprender se reduce a imputar. Pero, esa forma de usar el lenguaje se basa en una ‘superstición’ – no en un ‘error’ – producida por ilusiones gramaticales. Lo que quiero decir con eso es que está inscrita en las pautas de lo que entendemos por saber la idea de que reconducir nuestros conocimientos a un paradigma o a un concepto unitario es preferible a reunirlos de modo más vago e impreciso, operando con analogías, parentescos, aires de familia, etc. Y, cuando tratamos de explicar físicamente el mundo puede que eso se así, - en cualquier caso, no me interesa discutir ahora ese problema -; pero, cuando de temas sociales y jurídicos se trata, la generalidad tiene un límite y la reducción por consiguiente, también. Las ilusiones de la doctrina de la imputación objetiva son, desde luego, ilusiones de reducción y, al menos aparentemente, no tanto de generalidad (en el sentido de uniformidad). Sin embargo, unas y otras se halla estrechamente implicadas. Y, así, cuando se funden cosas muy distintas en una categoría única, aunque se tenga conciencia de la diversidad, acaban extrayéndose consecuencias homogéneas a partir del carácter unitario del término utilizado. Y eso puede ocurrir, no sólo respecto a la imputación objetiva globalmente considerada, sino respecto a ciertos momentos internos de la doctrina, como, v.g. el riesgo permitido.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 317.

⁶³⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 795.

en peligros, que deben ser evitados; y (iii) se transforme la evaluación respecto de las acciones dolosas no ya en un juicio respecto de su significado, sino en una imputación de responsabilidades en virtud de peligros a que se exponen determinados bienes jurídicos.

Con esos expedientes, evidentemente, la tarea del Estado de identificar cuales son las conductas dolosas y cuales son las imprudentes queda simplificada: Basta constatar la situación de peligro en que el agente se involucró.

Sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto en este trabajo⁶³⁷, la prevención a la práctica de delitos no se obtiene por medio de una imposición normativa, que puede, incluso, ser autoritaria, de deberes de evitar la lesión a bienes jurídicos - ya que, de tal manera, el Derecho penal puede convertirse en una gran fuente de injusticias -, sino más bien respetando el significado contextual de las acciones y los conceptos implícitos de justicia entrañados en cada sociedad.

⁶³⁷ Confiérase capítulo II, 2.

CAPÍTULO V

EL GIRO LINGÜÍSTICO: DOLO Y LENGUAJE

En los capítulos anteriores ya fueron expuestos los desarrollos de las teorías sobre el dolo, poniendo también de relieve las inconsistencias que la adopción de cada propuesta conllevaba. Del mismo modo, se intentaron explicitar los problemas filosóficos que tanto las teorías psicológicas, cuanto las teorías normativas padecían.

Ahora ha llegado el momento de profundizar, todavía más, en las raíces del paradigma instaurado después del giro pragmático-lingüístico, de modo que será imprescindible explicar efectivamente en qué consistió la revolución operada por la filosofía del lenguaje.

Realizada esa exposición, cumplirá hacer la construcción efectiva de una teoría significativa del dolo, con base en las importantes propuestas ya dejadas por VIVES ANTÓN, propugnando nuevas formas de comprensión de los elementos del dolo y sus modalidades de manifestación.

Con estos objetivos en el punto de mira, se espera de algún modo contribuir a la rica discusión que viene teniendo lugar en la teoría del dolo desde hace ya muchos siglos.

1. LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO Y EL GIRO LINGÜÍSTICO

Como se ha visto en este trabajo, la crítica a las teorías psicológicas y normativas ha sido inicialmente realizada por medio de una crítica a la gramática superficial de sus propuestas, es decir, intentando presentar contradicciones internas, afirmaciones insostenibles y conclusiones asentadas en bases poco sólidas.

En un segundo momento, se empezó a realizar una crítica a la gramática profunda de las teorías psicológicas y normativas, demostrando las incongruencias y sinsentidos del dualismo cartesiano, que funciona como base fundamental para muchas de las conclusiones ofrecidas por las teorías tradicionales, así como intentando exponer los problemas de la elección de una base objetiva para la identificación del dolo.

Así, a continuación al análisis crítico, es que en el presente capítulo se llevará a cabo la tarea de efectivamente dedicar atención al mundo de la filosofía, que siempre fue una gran fuente de inspiración para el Derecho penal, pero que actualmente no viene acompañado de las perspectivas más contemporáneas y avanzadas de la filosofía, especialmente de la filosofía del lenguaje⁶³⁸.

La propuesta aquí es abordar un área de la filosofía que es imprescindible para el tema del dolo: La filosofía del conocimiento.

⁶³⁸ A ese respecto VIVES ANTÓN consigna que: “Si algo he querido mostrar en los ‘Fundamentos del sistema penal’ y en otros trabajos posteriores es que la doctrina penal alemana, tan enraizada en otro tiempo en las corrientes de pensamiento que determinaban el espíritu de la época, vive hoy, con significativas excepciones, al margen de lo que llamaré – aunque el nombre sólo sea una metáfora – paradigma lingüístico-pragmático que, se quiera o no, es el que marca la agenda del pensamiento actual y que la internalización de ese paradigma no sólo invita a ‘cambiar los ejemplos’, como se ha dicho por algún penalista alemán, sino, probablemente, a disolver algunos de los conceptos más básicos de la dogmática y, quizás también, a redefinir sus sistemas, métodos y fines.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Estudio preliminar, op. cit.*, pp. 11-12.

Así que la estrategia es exponer las propuestas de la filosofía del lenguaje del segundo WITTGENSTEIN, con el fin de dejar claro cómo se operó el giro lingüístico-pragmático de su teoría y cuales fueron las aportaciones más relevantes de ella, todo ello con el objetivo de sentar las bases teóricas para un adecuado desarrollo de la teoría del dolo.

Antes, sin embargo, hablaremos un poco sobre la relación entre la teoría del conocimiento y las teorías tradicionales del Derecho penal.

1.1. La teoría del conocimiento y las teorías tradicionales del Derecho penal

La teoría del delito, en su debate cotidiano, enfrenta cuestiones muy cercanas a las que la filosofía tiene que resolver, siendo cierto que las propuestas de una seguramente pueden interesar y contribuir para aclarar los problemas de la otra, y viceversa.

Una de las disciplinas de la filosofía que tiene más importancia para la teoría del delito, especialmente en lo que toca a la teoría del dolo, es, sin duda, la teoría del conocimiento.

La referida rama de la filosofía tiene por objeto el estudio de cómo los seres humanos conocen el mundo, es decir, *“cómo es posible que alguien tenga contacto con algo externo y establezca una relación con las cosas, pueda asimilarlas, comprenderlas y transmitirlas”*⁶³⁹.

Esas son cuestiones que indudablemente interesan para la teoría del dolo, puesto que, una vez comprendiendo como el hombre conoce y establece relaciones con el mundo, es posible saber identificar y valorar la responsabilidad por las referidas acciones, permitiendo, en consecuencia,

⁶³⁹ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Curso de Teoria do Conhecimento e Epistemologia*. Manole: Barueri, 2012, p. XI.

establecer una configuración adecuada para el aludido elemento de la teoría del delito.

A pesar de esa estrecha relación entre teoría del delito y teoría del conocimiento, los penalistas, en general, no se han preocupado mucho con una adopción expresa de una o de otra propuesta filosófica.

Ello queda claro al constatarse que tanto finalistas⁶⁴⁰, cuantos funcionalistas teleológicos⁶⁴¹ se han limitado a propugnar una visión realista del mundo⁶⁴², de modo que creen en la existencia de datos empíricos que

⁶⁴⁰ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal*, op. cit., pp. 31 y ss. En ese sentido es la exposición que ROXIN hace respecto de la posición de WELZEL: "(...) la teoría final de la acción se basa filosóficamente en teorías ontológico-fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre 24 . Para dicha concepción es lógico colocar un concepto básico antropológico y prejurídico como el de la acción humana en el centro de la teoría general del delito y construir a partir de la constitución ontológica de la acción un sistema, que le viene previamente dado al legislador, – de estructuras (denominadas por Welzel) lógico-reales (o lógico-objetivas), sistema que en opinión de sus defensores también le debe proporcionar a la dogmática jurídicopenal perspectivas permanentes e incommovibles." ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, op. cit., p. 201.

⁶⁴¹ A ese respecto afirma ROXIN: " (...) no es cierto que un sistema racional-final como el aquí defendido desarrolle sus soluciones sin tener en cuenta las circunstancias reales 71a . Es cierto que una 'lógica real' o una 'naturaleza de las cosas' no pueden proporcionar un criterio de valoración jurídica, pero el resultado concreto no surge nunca de los puntos de vista normativos rectores como tales, sino sólo y siempre de su aplicación a las peculiaridades de los diferentes supuestos de hecho, por lo que en los apartados siguientes frecuentemente se destacarán soluciones distintas según los grupos de casos." ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, op. cit., p. 231.

⁶⁴² Aunque exista una divergencia sobre la importancia de criterios político-criminales para la comprensión de los elementos de la teoría del delito. En ese sentido expone BUSATO: "Se puede decir, en líneas generales, que el funcionalismo llamado teleológico, de Claus Roxin no abandona completamente el aspecto ontológico, que le sirve incluso de límite y corrección y reconoce como función del Derecho penal la protección selectiva de bienes jurídicos. La nota distintiva de la perspectiva de Roxin es precisamente el permanente intento de compaginar aspectos axiológicos y ontológicos en la composición del sistema de imputación." Y continua BUSATO, al afirmar que lo que cambia en la teoría de ROXIN en relación al finalismo: "(...) es el eje sistemático, que sale del campo de la teoría de la acción, pretendidamente ontológica, para entrar directamente en el campo de las valoraciones como la tipicidad o la antijuridicidad, que además, son referentes sistemáticos,

deben ser tenidos en cuenta por el Derecho penal, pero en modo alguno problematizan o indican claramente el paradigma filosófico que ampara tal afirmación.

Ello resulta problemático justamente por no presentar razonadamente las bases o premisas que dan soporte a la concepción ontológica que defienden, lo que demuestra una creencia, en mi visión equivocada, de que se trata de un concepto ampliamente aceptado o sin dificultades. Para decirlo con otras palabras, normalmente, se da por sentado el ontologicismo de modo que se parece creer que no constituye efectivamente en un problema para el Derecho penal.

Sin embargo, una visión realista del mundo no constituye una buena opción para adoptar como fundamento o limite para el dolo, incluso cuando se propugna una visión normativista moderada, como es el caso del funcionalismo teleológico de ROXIN.

Ello porque, como se verá en el próximo apartado, la filosofía del lenguaje, con el giro lingüístico y con el profundo cambio paradigmático que importó en la teoría del conocimiento, pone de manifiesto los problemas de una visión realista y propone justamente la superación de una filosofía del sujeto y de muchas premisas adoptadas por las teorías tradicionales del Derecho penal.

asociados a consideraciones políticocriminales. No se trata de un mero rechazo de todo lo que se ontológico en la teoría del delito, sino simplemente de una distinta disposición de los aspectos ontológicos y axiológicos, considerando estos últimos ya en el primer nivel del debate respecto de las categorías delictivas. " BUSATO, Paulo César. La tentativa del delito, op. cit., pp. 187-188. A ese respecto, confiérase también SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y limites. En Política criminal y nuevo Derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997, pp. 25 y ss.

1.2. El “segundo” Wittgenstein y la teoría del conocimiento

El estudio de las propuestas de WITTGENSTEIN sobre lo que conocemos como teoría del conocimiento tiene especial transcendencia para la comprensión teórica del dolo, una vez que nos permitirá entender como se dan sus dos elementos fundamentales, el conocimiento y la intención.

Dicho en otras palabras, solamente sabiendo cómo se da esa relación del hombre con el mundo es posible comprender la habilidad humana de manifestar acciones intencionales.

Desde una perspectiva de la filosofía del sujeto se comprende que el hombre se relaciona con el mundo desde las representaciones del sujeto, comprendidas desde una relación sujeto-objetivo, es decir, desde una idea de que el sujeto desde un punto de vista privilegiado y subjetivo mantiene relaciones independientes con el mundo, que es su objeto.

Ya la filosofía del lenguaje – que tiene innumerables matices y subdivisiones – propugna un cambio en esa visión, lo que resulta en un cambio de paradigma, pasando a adoptar una relación sujeto-sujeto.

De acuerdo con GEBAUER:

*“Según la concepción de Wittgenstein, el yo está envuelto en su praxis – él no puede ser visto como una esencia fuera de ella, incluso cuando él observa desde arriba, como en el caso del filósofo. Él es siempre participante de un juego. También como observador, él, como mínimo indirectamente, participa del juego, en la medida en que constantemente contextualiza las acciones de sus objetos de observación en sus propios juegos.”*⁶⁴³

Respecto del cambio paradigmático de la filosofía del sujeto para la filosofía del lenguaje, véase como sintetiza HABERMAS:

⁶⁴³ GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 35.

*“Desde este momento, las señales lingüísticas, que servían solamente como instrumento y herramienta de las representaciones, adquieren, como reino intermedio de los significados lingüísticos, una dignidad propia. Las relaciones entre lenguaje y mundo, entre proposiciones y estados de las cosas, substituyen las relaciones sujeto-objeto. El trabajo de constitución del mundo deja de ser una tarea de la subjetividad transcendental para transformarse en estructuras gramaticales. El trabajo reestructivo de los lingüistas reemplaza el sitio de una introspección de difícil control. Pues, las reglas, de acuerdo con las cuales los signos son encadenados, las frases formadas y los enunciados producidos, pueden ser deducidos de las formaciones lingüísticas que se presentan como algo ya existente.”*⁶⁴⁴

Así, con el giro lingüístico, se supera la visión de autoconciencia y subjetividad del sujeto cognoscente, dejándose de lado la autoridad epistémica de la primera persona, la distinción entre el externo y el interno, en que el interno sería captado por medio de la introspección. Se supera, también, el mito de la correspondencia con la verdad, el mito de lo dado, del pensamiento representacionista, el mito de la verdad como certeza⁶⁴⁵, de la verdad como espejo de la naturaleza⁶⁴⁶.

Con la filosofía del lenguaje, se defiende que los hechos comunicados no pueden ser separados del proceso de comunicación, establecido a través de un proceso de entendimiento entre miembros de una comunidad. Es el uso comunicativo del lenguaje el que establece la forma del conocimiento, de modo que no hay ningún acceso inmediato al mundo que sea independiente

⁶⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 15.

⁶⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*, op. cit., pp. 228-229.

⁶⁴⁶ Cf.: RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*, op. cit.

de nuestras prácticas lingüísticas y del contexto lingüísticamente construido de nuestros modos de vida⁶⁴⁷.

Así, la subjetividad de las opiniones ya no es confrontada con el mundo, con el fin de observar su correspondencia, sino que es confrontada con una coincidencia pública, obtenida por medio de una comunidad de comunicación. Con ello, la objetividad de la experiencia es sustituida por la intersubjetividad del entendimiento, del lenguaje⁶⁴⁸.

Es posible afirmar, también, que, en el tema de la teoría del conocimiento, WITTGENSTEIN rompe con todo el modelo tradicional utilizado por las teorías idealistas, racionalistas, empiristas o kantianas, una vez que ya no se preocupa en identificar bases universales y tajantes para la fundación del conocimiento, sino que su objetivo es solamente demostrar su carácter lingüístico, establecido siempre de acuerdo con el contexto, las formas de vida y los juegos de lenguaje que le dan sentido⁶⁴⁹.

Como afirma GEBAUER, *"en Wittgenstein el supuesto 'giro lingüístico' no es otra cosa sino que volverse para la praxis simbólica."*⁶⁵⁰

Así, no es el mejor método, el mejor análisis de la realidad, su mejor descripción, la descubierta de una supuesta universalidad totalizadora que

⁶⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*, op. cit., pp. 229-230.

⁶⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*, op. cit., p. 233.

⁶⁴⁹ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Curso de Teoria do Conhecimento e Epistemologia*, op. cit., p. 116.

⁶⁵⁰ GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 28. Una vez que *"Wittgenstein piensa la Prima Philosophia de modo nuevo, no como fundación de toda certeza, sino que como reflexión sobre lo que es dado incuestionablemente: nosotros exploramos el mundo con la ayuda de los usos del lenguaje. En una observación más exacta, ello significa no con la ayuda solamente del lenguaje, sino con el uso de los símbolos lingüísticos."* Así, de acuerdo con GEBAUER, es en la praxis simbólica que: *"(...) las personas ya encuentran alguna orden cuando vienen al mundo. Un niño que desarrolla sus facultades lingüísticas ya vive en tal orden."* GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 28.

garantiza el acceso del hombre a la realidad. La teoría del conocimiento no es la búsqueda por esencias⁶⁵¹.

De acuerdo con la filosofía pragmática-lingüística del segundo WITTGENSTEIN, es justamente ese trasfondo lingüístico, desarrollado intersubjetivamente, de acuerdo con nuestros costumbres y prácticas, dentro de determinadas formas de vida, el que nos hace capaces de comprender los significados de las acciones humanas, una vez que:

“(...) el punto arquimediano de la filosofía (...) no puede ser el sujeto aislado. Él también no se encuentra fuera del mundo. El mundo, como objeto del nuestro conocimiento, se origina de los usos del lenguaje. Estamos seguros de nuestros usos del mismo modo que estamos seguros de nuestros juegos. Nosotros mismos lo hicimos, pero no arbitrariamente, sino que en armonía con lo que ya está ahí. Con las prácticas, reglas, normas y acción en común con otras personas. Los juegos tienen sus propios desarrollos de lo que ya

⁶⁵¹ De acuerdo con ARAÚJO: “En la primera parte de *Investigaciones Filosóficas*, Wittgenstein disuelve la referencia como problema epistemológico. La pregunta tradicional de la teoría del conocimiento, como se conoce la realidad, e la respuesta de que es por la referencia del pensamiento/lenguaje con los objetos, todavía en un esquema sujeto/objeto, es enfocada desde otro ángulo, el de una pragmática. Él propone que hay usos diversos para la referencia, que la conexión entre lenguaje y mundo no es el modelo esencial y único, y que siquiera constituye la cuestión principal en el análisis del lenguaje. Referir pasa a ser una de las funciones del lenguaje, sin cualquier privilegio epistemológico. El significado de las palabras deja de remitir al objeto designado, la realidad no es más vista como que ocupada por objetos como se fueren entidades aisladas unas de las otras, como que sustancias con sus esencias identificadoras y fijadas independientemente de las actividades y necesidades humanas. Por ello, incluso el significado de la palabra no se limita a la función agustiniana de remitir o referir a objetos. Así, ni la realidad consta de objetos simples nombrables, ni el lenguaje se reduce al nombramiento de estos objetos, ni la sentencia depende de la referencia a estados de las cosas para tener sentido y valor de verdad (verdadero o falso).” ARAÚJO, Inês Lacerda. *Wittgenstein: o “conhecimento” na relação entre linguagem e realidade*. En *Ludwig Wittgenstein: perspectivas*. Editora CRV: Curitiba, 2012, p. 16.

*existe, pero ellos no inventan un mundo totalmente nuevo sin ningún punto en común con la praxis en que vivemos.”*⁶⁵²

Una cuestión fundamental que interesó a WITTGENSTEIN fue la indagación respecto de cómo es posible tener una certeza inquebrantable, que no se basa en la evidencia.

Es decir, teniendo en cuenta que la existencia de objetos externos es una certeza para nosotros, como ello puede ser comprobado, cómo puede ser objeto del conocimiento humano⁶⁵³.

Para responder a esa indagación, WITTGENSTEIN desarrolló el argumento de que las cosas solamente tienen sentido dentro de un “*sistema verificación*”⁶⁵⁴.

Así, conforme proclama VIVES ANTÓN:

*“(…) el lenguaje constituye un sistema y sólo dentro de ese sistema pueden tener sentido las oraciones particulares, pero, aunque no cabe definir el sistema como una estructura rígida, tiene ciertas exigencias insoslayables.”*⁶⁵⁵

A ese respecto, confiérase los siguientes pensamientos de WITTGENSTEIN, que serán citados en secuencia, justamente para delinear los contornos dados por él a referido sistema:

⁶⁵² GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 28.

⁶⁵³ KENNY Anthony. *A New History of Western Philosophy: Philosophy in the Modern World*, vol. IV. Oxford: Clarendon Press, 2007, pp. 165-168.

⁶⁵⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*. Barcelona: Gedisa, 2003, § 279, p. 282.

⁶⁵⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 637.

*“El niño aprende a creer en muchas cosas. Esto es, aprende un ejemplo a actuar de acuerdo con estas creencias poco a poco, se forma un sistema con las cosas que cree y, en tal sistema, algunos elementos se mantienen inmutables y firmes, mientras que otros son más o menos móviles. Lo que mantiene firme lo que hace no porque intrínsecamente sea obvio o convincente, sino porque se sostiene en todo lo que rodea.”*⁶⁵⁶

*“La verdad de algunas proposiciones empíricas pertenece a nuestro sistema de referencia.”*⁶⁵⁷

*“Cualquier prueba, cualquier confirmación y refutación de una hipótesis, ya tiene lugar en el seno de un sistema. Y tal sistema no es un punto de partida más o menos arbitrario y dudoso de nuestros argumentos, sino que pertenece a la esencia de lo que denominamos una argumentación. El sistema no es el punto de partida, sino el elemento vital de los argumentos.”*⁶⁵⁸

*“Tal sistema es algo que las personas adquieren mediante la observación y la enseñanza”*⁶⁵⁹

*“Pero no tengo mi imagen del mundo porque me haya convencido a mí mismo de que sea la correcta; ni tampoco porque esté convencido de su corrección. Por el contrario, se trata del trasfondo que me viene dado y sobre el que distingo entre lo verdadero y lo falso.”*⁶⁶⁰

⁶⁵⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 144, p. 145.

⁶⁵⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 279, p. 282.

⁶⁵⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 105, p. 107.

⁶⁵⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 279, p. 282

⁶⁶⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 94, p. 102.

*“Las proposiciones que describen esta imagen del mundo podrían pertenecer a una suerte de mitología. Su función es semejante a la de las reglas del juego, y el juego también puede aprenderse de un modo puramente práctico, sin necesidad de reglas explícitas.”*⁶⁶¹

Así, WITTGENSTEIN defiende que el conocimiento que nosotros tenemos del mundo se hace desde la base de un sistema de referencia. Ese sistema es el trasfondo, el telón de fondo, de nuestros juegos de lenguaje y nos es heredado⁶⁶².

Sin embargo, dicho trasfondo no es estático, sino que flexible y puede ser cambiado por innovaciones, descubiertas, cambios en nuestra evolución lingüística⁶⁶³, siendo que, evidentemente, hay bases en ese sistema que son bastante rígidas y otras que son más fácilmente cambiantes⁶⁶⁴.

De tal manera, WITTGENSTEIN ofrece los elementos de una epistemología socializada, en que, ni el conocimiento de una cultura, ni el conocimiento de cualquier de sus sujetos, puede ser extraído de experiencias perceptivas de un solo individuo⁶⁶⁵.

Conforme señala GLOCK:

⁶⁶¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 95, p. 102.

⁶⁶² SCHULTE, Joachim. *Within a System*. En *Reading of Wittgenstein's on Certainty*. New York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 61

⁶⁶³ SCHULTE, Joachim. *Within a System*, op. cit., p. 62

⁶⁶⁴ SCHULTE, Joachim. *Within a System*, op. cit., pp. 65-66. Ello no significa, como bien afirma VIVES ANTÓN, que “*hay de aceptarse finalmente el relativismo: que la discusión no esté cerrada no significa que no pueda dirimirse mediante razones; ni que, allí donde se acaban las razones, no pueda acudir a la persuasión, entendida, no como un mero recurso retórico, sino como la posibilidad de hacer ver a los demás las cosas de otra manera.*” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 638.

⁶⁶⁵ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 78.

*“El conocimiento acumulado de una cultura es una conquista colectiva (...). Nadie puede tener una visión panorámica de esa totalidad y, mucho menos, tener dominio sobre ella (OC §§ 161, 288-289). El aprendizaje se basa en la aceptación de la autoridad de una comunidad e, incluso los adultos, necesitan aceptar muchas cosas sin cuestionarlas (OC §§ 179, 374-8; 509, Z §§ 413-416). Ello no significa, sin embargo, la negativa de la posibilidad del pensamiento crítico. Aceptando una serie de cosas, podemos tomar parte en actividades epistémicas, que nos permiten rectificar algunas de nuestras creencias, y, ocasionalmente, incluso partes de nuestra visión de mundo (OC §§ 161-2).”*⁶⁶⁶

Para que el hombre pueda actuar en el referido sistema y jugar sus respectivos juegos de lenguaje, es imprescindible que desarrolle la capacidad de acción en el sistema, siendo que ello se da por medio del conocimiento.

Es justamente sobre la base de esa conclusión que se vuelve posible llegar a uno de los puntos centrales que deben ser explorados para la comprensión del dolo: El conocimiento humano.

El conocimiento será, pues, el tema desarrollado en el próximo apartado, que seguramente arrojará luz sobre la comprensión del dolo, una vez que se intentará hacer una relación entre las capacidades humanas y la propuesta sobre como debe, en nuestra opinión, el dolo ser comprendido.

⁶⁶⁶ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein, op. cit.*, p. 78. En sentido complementario, GEBAUER afirma que: “(...) nuestros usos, significados y señales lingüísticos no nos son dados de una vez por todas, pero siempre están siendo renovados a partir de la dinámica de las formas de vida que se modifican y de los juegos de lenguaje creados en ella, de modo que nuevos juegos de lenguaje surgen y viejos son abandonados. (...) los significados del lenguaje son inagotables, pero no porque el yo no puede agotarlos y sí porque la fuerza generadora de los juegos de lenguaje es ilimitada. Ese efecto inagotable de las formas de vida, de la praxis y del lenguaje es que lleva a constantes cambios y renovaciones, no pudiendo ser limitados por el yo agente y hablante, ni puede ser aprehendido teóricamente.” GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein, op. cit.*, pp. 33-34.

Y es justamente ese conocimiento humano, mediado por el lenguaje, que constituirá el trasfondo que iluminará lingüísticamente nuestras propuestas respecto de la comprensión del dolo.

2. EL ELEMENTO COGNITIVO DESDE LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE

El elemento cognitivo, no hay dudas, representa uno de los requisitos necesarios para la caracterización del dolo. Ésta es una de las pocas premisas compartidas por la gran mayoría de las teorías sobre el tema. Es decir, el dolo debe tener un elemento cognitivo.

En este trabajo también se comparte de esa premisa. El elemento cognitivo es, de hecho, necesario para que se pueda adscribir a determinada acción la adjetivación de dolosa.

Sin embargo, la concepción del elemento cognitivo del dolo que aquí se propone, con apoyo e inspiración fundamental en la teoría de VIVES ANTÓN, es distinta de lo que tradicionalmente se viene entendiendo por el aludido elemento.

La idea es absorber las contribuciones de la filosofía pragmático-lingüística de WITTGENSTEIN, que han sido expuestas a lo largo de este trabajo, para proponer la resignificación de su comprensión y de sus elementos.

Así que ha llegado el momento de utilizar la fuerza argumentativa de la filosofía del lenguaje para desarrollar una teoría del dolo contemporánea, desde las bases de la teoría de la acción significativa.

2.1. Sobre el conocimiento

Para que sea posible desarrollar de modo más seguro y adecuado la gramática del elemento cognitivo del dolo, resulta interesante realizar un estudio un poco más profundo sobre la discusión filosófica relativa a cómo se debe comprender el conocimiento humano.

Las palabras conocimiento y saber tienen una variada gama de significados, que es relevada por sus distintos usos y contextos de aplicación⁶⁶⁷.

Sin embargo, hay dos significados de la palabra conocimiento que son fundamentales para desenvolver la teoría del dolo.

Uno es relativo al conocimiento como conciencia efectiva que uno tiene sobre el entorno de su acción, conocimiento como conciencia de las circunstancias de la acción, conocimiento como *"saber qué"*⁶⁶⁸.

El otro es el conocimiento como actividad cognitiva, como dominio de una habilidad lingüística, es decir, conocimiento como *"saber como"*, como *"know how"*.

Las teorías tradicionales del dolo, sin embargo, vienen demostrando un gran interés solamente por ese primer significado del conocimiento, el *"saber qué"*, no dando, empero, mucha atención para el conocimiento como dominio de una actividad lingüística, el *"saber como"*⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ Comparte ese entendimiento, VIVES ANTÓN que asevera: *"La 'conciencia', 'el saber', en que el elemento intelectual [del dolo] consiste, tiene una pluralidad de sentidos: representación, atención, explicación, cálculo, predicción, experiencia, previsión, etc."* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 250.

⁶⁶⁸ Esa es también una diferenciación que no es ignorada por el Derecho penal, como se puede por ejemplo ver de lo que explica KINDHÄUSER: *"El término capacidad es de doble significado: en una situación determinada se puede indicar con él la disposición pero también su manifestación. Por ello hay un conocimiento dispositivo ('saber como'), por ejemplo: el conocimiento de cómo se gira un cheque, y existe la manifestación de ese conocimiento ('saber qué'), por ejemplo: el conocimiento de que se está girando un cheque."* KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, op. cit., p. 101.

⁶⁶⁹ El propio KINDHÄUSER, después de hacer la diferenciación entre saber como y saber qué, acaba concluyendo que: *"Con la capacidad actual de acción (sinónimo de dolo) se hace referencia únicamente al conocimiento manifiesto sobre la evitabilidad (saber qué)." KINDHÄUSER, Urs. Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa, op. cit., p. 101.* No se ignora, sin embargo, que, en el tema de la imputación objetiva, los denominados conocimientos especiales del autor tenga recibido una considerable atención por parte de la doctrina penal.

Entre tanto, el “*saber como*” es uno de los más importantes aspectos del conocimiento para el desenvolvimiento de la teoría del dolo, una vez que es él que ofrece las posibilidades y límites para una evaluación adecuada acerca de como un agente manifiesta sus acciones, en un determinado sistema lingüístico, establecido de acuerdo con su respectiva forma de vida.

Empero, antes de tratar de esas dos formas de conocimiento con más detalle, es importante, para evitar confusiones en la teoría del dolo, rechazar, desde ya, una idea corriente sobre el conocimiento – que aparentemente influencia, en gran medida, tanto las teorías psicológicas, cuanto normativas – consistente en comprender el conocimiento como algo guardado en el interior del cerebro humano⁶⁷⁰.

A ese respecto, resulta interesante traer a la colación la crítica de HACKER y BENNETT:

“El conocimiento comprende capacidades de diversos tipos. La identidad de una capacidad está determinada por aquello de que es capacidad. La razón más simple para atribuir una capacidad a un animal es el hecho de que lleva a cabo actividades corporales que manifiestan esa capacidad. Cuanto más compleja es la capacidad, más diversas y difusas son las razones para atribuirle. Si un animal sabe algo, puede actuar y reaccionar ante su entorno en modos de los que sería incapaz si lo ignorara; si exhibe estos modos en su

⁶⁷⁰ Sobre esa visión, véase lo expresado por MIRANDA: “En la discusión sobre las nociones epistémicas, la tendencia contra la cual Wittgenstein debate es la que entiende las expresiones ‘saber’, ‘dudar’ y ‘creer’ como nombres o designaciones de estados de la mente que se distinguen por los grados de certeza con que ellos se presentan al individuo. De acuerdo con esa tendencia, independientemente del contexto del enunciado, cuando una persona afirma saber algo, ella usaría la expresión ‘saber’ para referirse a un estado psicológico identificable con el grado de máximo en una escala de certezas; y se afirma dudar de algo, ella usaría la expresión ‘dudar’ para referirse a un estado identificable por la absoluta falta de certeza; y al afirmar que cree en algo, ella usaría la expresión ‘creer’ para referirse a un estado identificable como medio entre la certeza absoluta y la total falta de certeza.” MIRANDA, Sérgio. *Introdução*. En WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2000, pp. 31-32.

conducta, demuestra su conocimiento. Se puede decir que el cerebro es el vehículo de esas capacidades, pero lo que esto significa es que, en ausencia de las estructuras neurales apropiadas, el animal no sería capaz de hacer lo que hace. Las estructuras neurales del cerebro son diferentes de las capacidades que tiene el animal, y el funcionamiento de estas estructuras es distinto del ejercicio de las capacidades por parte del animal. En resumen, el que sabe es también el que actúa, y su saber se muestra en su actuar.

*Criticamos a J. Z. Young por sostener, como hacen muchos neurocientíficos, que el cerebro contiene conocimiento e información del mismo modo que el conocimiento y la información están registrados en libros u ordenadores’.”*⁶⁷¹

No solo eso. Del simple hecho de que, de determinados rasgos del cerebro se pueda derivar información, no resulta la conclusión de que la información esté codificada en el cerebro⁶⁷², lo que lleva a la conclusión de que *“en el sentido usual de ‘conocimiento’, el cerebro no puede registrar, contener ni poseer conocimiento.”*⁶⁷³

⁶⁷¹ HACKER, Peter; BENNETT, Maxwell. *Fragments de Philosophical Foundations of Neuroscience*, op. cit., pp. 170-171.

⁶⁷² HACKER, Peter; BENNETT, Maxwell. *Fragments de Philosophical Foundations of Neuroscience*, op. cit., pp. 171-172.

⁶⁷³ HACKER, Peter; BENNETT, Maxwell. *Fragments de Philosophical Foundations of Neuroscience*, op. cit., p. 172. Así, también, concluye GLOCK: “Es tentadora la suposición de que la pose de una imagen mental apropiada constituyen la garantía de una comprensión. Sin embargo, se me mandan coger una flor amarilla, la imagen de una flor amarilla puede me pasar por la cabeza sin que yo comprenda la orden. En fin de cuentas, cualquier imagen mental que me ocurra necesita todavía ser aplicada, y, hay, además, diferentes métodos de proyectarla. Del mismo modo, la ocurrencia de una fórmula correcta en la mente de un aprendiz de una serie aritmética no garantiza que él va ser capaz de continuar la serie.” Y continua GLOCK con otro ejemplo utilizado por WITTGENSTEIN, al decir que: “la diferencia entre una persona que le y una persona que simplemente finge estar leyendo es que la primera extrae del texto aquello que estas dicho en él. El texto no es la causa, sino la razón de que yo leo en voz alta de una determinada manera. La lectura es una acción guiada por reglas.” GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 229.

Es justamente en ese sentido que concluye VIVES ANTÓN respecto del pensamiento:

*"(...) si hablamos de la cabeza (o del cerebro o de la mente) como el lugar del pensamiento, aquí la expresión de lugar significa algo totalmente diferente de lo que significa cuando se aplica a actividades corporales: frente a ellas habríamos de decir que el pensamiento 'no ocupa lugar'. Y si no ocupa lugar no es algo que suceda en ninguna región del mundo (física o psíquica) o, dicho de otro modo, no es ninguna clase de proceso real."*⁶⁷⁴

Así, en la identificación del elemento cognitivo del dolo – del mismo modo que pasa con el elemento volitivo – no se puede caer en la trampa de buscarlo en enigmáticos estados mentales incorpóreos o algo que el cerebro posee.

Claro que, una vez más, no se pretende negar la mente y sus potencialidades, lo que se rechaza es esa gramática que se nos pretende imponer sobre lo interno, en el sentido de que es en la mente donde está situado el conocimiento, como si fuera algo que tuviese una localización física en el interior de cada sujeto, en el fondo de su alma y que las demás personas solamente pueden tener acceso por medio de un examen de síntomas en un proceso inductivo inseguro y extremadamente cuestionable⁶⁷⁵.

Entre tanto, no hay dudas de que es posible que mucha gente siga creyendo que el saber es un proceso mental, que el elemento cognitivo del dolo es efectivamente algo que debe ser buscado en la mente de una persona.

⁶⁷⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 627.

⁶⁷⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 633. Como sostiene GLOCK: "La comprensión no es un evento, proceso o estado, de naturaleza física o mental. Ello no significa negar que la 'comprensión', pueda tener 'acompañamientos' mentales o fisiológicos característicos; significa solamente negar que esos constituyen nuestra comprensión (PI § 152, II 181)." GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 229.

Incluso para esas personas, la crítica aquí enunciada sería válida, una vez que lo que *“pasa internamente en la mente de la persona”* nunca podrá ser utilizado efectivamente en un proceso penal, lo que acaba por retirar cualquier plausibilidad y utilidad del uso de un concepto psicológico del elemento cognitivo.

Es precisamente en ese sentido que WITTGENSTEIN contesta a una indagación similar:

*“¿Qué replicaríamos a alguien que nos comunica que en él la comprensión es un proceso interno? - ¿Qué le replicaríamos si dijera que en él el saber jugar al ajedrez es un proceso interno? Que a nosotros no nos interesa nada de lo que ocurre dentro de él cuando queremos saber si sabe jugar al ajedrez. - Y si el respondiera a esto que justamente sí nos interesa: - a saber, que él sepa o no jugar al ajedrez -, tendríamos que hacerle notar los criterios que nos demostrarían su capacidad, y por otro lado los criterios para los ‘estados internos’.”*⁶⁷⁶

Así, aunque alguien todavía crea que el conocimiento es algo interno, situado en el cerebro, es ineludible la conclusión de que solamente el lenguaje nos podrá demostrar cuando se está o no delante de una situación en que el agente estaba dotado del elemento cognitivo del dolo.

A fin de cuentas, *“las facultades mentales no se fundamentan en el pensamiento puro, sino que están ancladas en la regularidad de la acción práctica y en el mundo social”*⁶⁷⁷, siendo que *“no parece que sea posible ninguna clase de pensamiento relevante al margen del lenguaje y de las acciones lingüísticamente conformadas.”*⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., p. 423.

⁶⁷⁷ GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 118.

⁶⁷⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 633.

Como afirma WITTGENSTEIN, yo revelo mis conocimientos *“diariamente por medio de mis actuaciones y de lo que digo”*⁶⁷⁹, una vez que *“la declaración ‘Sé...’ sólo obtiene su significado de su conexión con el resto de la evidencia del ‘saber’.”*⁶⁸⁰

Y afirma todavía que *“Ante un tribunal, la aseveración de un testigo ‘Sé...’ no convencería a nadie. Ha de demostrarse que el testigo estaba en situación de saberlo.”*⁶⁸¹

Partiéndose de esa actitud no psicologista, ya nos damos por contentos, una vez que permite la abertura de un gran horizonte de nuevos desarrollos para el dolo, huyéndose de muchos equívocos gramaticales que suelen obscurecer muchas teorías sobre el tema.

Cumple, pues, ahora, intentar explicar el contenido del elemento cognitivo del dolo, partiendo especialmente de los dos usos de la palabra conocimiento que son más importantes para una teoría del dolo, el *“saber qué”* y el *“saber como”*.

⁶⁷⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 431, p. 434. Continúa WITTGENSTEIN en el mismo párrafo: *“¿Qué concluirá otro de mis acciones y mis palabras? ¿Sólo que estoy seguro? – Del hecho de que hace muchas semanas que vivo aquí y de que cada día he bajado y subido la escalera concluirá que sé donde está mi habitación. – Le aseguraré ‘Yo sé...’, cuando él no sepa todavía de qué cosas concluir sin reservas mi saber.”* WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 431, p. 434.

⁶⁸⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 431, p. 434. Y WITTGENSTEIN sigue su argumentación diciendo que: *“Por lo tanto, si le digo a alguien ‘Sé que eso es un árbol’, es como si dijera: ‘Eso es un árbol; puedes fiarte absolutamente, no hay ninguna duda’. Y el filósofo sólo podría emplear esta fórmula para mostrar que se usa realmente tal modo de hablar. Pero si tal cosa no fuera sólo una observación sobre la gramática castellana* el filósofo debería indicar las circunstancias en las que esta expresión funciona.”* WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 433, p. 434.

⁶⁸¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 441, p. 443.

2.2. Los dos usos de la palabra conocimiento

De los dos usos de la palabra conocimiento que importan para la comprensión del dolo, el primero de ellos se refiere al conocimiento como saber qué, que será estudiado a continuación, siendo que, posteriormente, se examinará el conocimiento como dominio de una técnica, el saber como, que, en verdad, en este trabajo, es presentado como un requisito adicional a ser tomado en cuenta para la comprensión del elemento cognitivo.

Así que esos dos usos de la palabra conocimiento constituyen el lado cognitivo del dolo y son, pues, necesarios para constatar si una acción expresa o no un compromiso con el resultado significativo, es decir, si una acción, desde el aspecto cognitivo, puede ser considerada como dolosa.

a) El conocimiento como conciencia de la acción

El fundamento adoptado para el dolo en este trabajo consiste precisamente en la existencia de un compromiso del autor con el resultado significativo de su acción.

Así, como consecuencia lógica de ese fundamento, resulta imprescindible que el autor tenga conciencia de la acción significativa que realiza, una vez que, obviamente, solo se puede asumir un compromiso con algo si uno sabe lo que hace.

A fin de cuentas, solamente cuando se lleva en cuenta lo que el agente sabía es posible evaluar si él podía actuar y ejercer todas sus habilidades en aquel determinado contexto, así como verificar si el agente tenía plena conciencia de la acción que realizó⁶⁸².

⁶⁸² Acerca de los otros usos de la palabra conciencia, cf.: FRISCH, Wolfgang. *Cuestiones de conciencia en Derecho penal*. En Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, tomo I. Madrid: Edisofer, 2008, p. 903 y ss.

Por consiguiente, el primer uso de la palabra conocimiento que es relevante para el dolo se refiere al que la doctrina tradicional considera como el elemento cognitivo del dolo, es decir, la conciencia de la acción (el saber qué).

Sobre ese requisito del dolo, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN consignan lo siguiente:

*“Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como conducta típica. Es decir, ha de saber por ejemplo, en el homicidio que mata a otra persona; en el hurto, que se apodera de una cosa mueble ajena; en los abusos sexuales, que el sujeto pasivo está privado de sentido o que es menor de 13 años, etc., etc. No es necesario, en cambio, que conozca otros elementos pertenecientes a la antijuridicidad, a la culpabilidad o a la penalidad. El conocimiento de estos elementos puede ser necesario a otros efectos, por ejemplo para calificar la acción como antijurídica, culpable o punible, pero no para calificarla como típica.”*⁶⁸³

De tal manera, para la caracterización de esa parte del elemento cognitivo del dolo, el agente debe tener conciencia de todos los elementos, descriptivos y normativos, de su acción, que estén previstos en el tipo penal. Esos elementos son, pues, lo que denomina normalmente como objeto del dolo⁶⁸⁴.

⁶⁸³ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 268.

⁶⁸⁴ Sobre el tema, BARJA DE QUIROGA explica que: “Si el dolo exige conocer los elementos del tipo objetivo, esto significa que el dolo debe abarcar todos los elementos típicos objetivos (salvo, como decimos, el resultado). Al respecto es preciso distinguir entre los elementos descriptivos y los normativos. Los elementos descriptivos son aprehensibles por el sujeto, esto es, éste los percibe por los sentidos; por ejemplo, una cosa, un arma, un buque. Por el contrario, los elementos normativos no son percibibles por los sentidos sino que precisan un juicio de valor para poder ser conocidos por el autor;

La exigencia de que el agente tenga conciencia de su acción, referida al tipo objetivo, para la caracterización del elemento cognitivo del dolo es correcta y es adoptada en este trabajo, ya que es necesaria para verificarse si el autor tenía o no compromiso con el resultado significativo de su acción.

Evidentemente, el saber qué aquí defendido es comprendido desde una perspectiva lingüística, intersubjetiva, y no psicológica, como ya se viene haciendo referencia a lo largo de este trabajo⁶⁸⁵.

Sobre el requisito del saber qué, también, es importante tenerse en cuenta lo que advierten VIVES ANTÓN y COBO DEL ROSAL:

“El conocimiento de los hechos no es, en todo caso, un conocimiento meramente teórico, sino que puede requerir una valoración. Así sucede en los supuestos de tipos que determinan su sustrato fáctico mediante el recurso a elementos normativos. En esos casos, el autor, para reconocer que realiza el hecho típico, habrá de efectuar una valoración paralela a la contenida en la Ley.

(...)

El conocimiento del hecho incluye, pues, un conocimiento de la significación del hecho. Este saber valorativo resalta como necesario, de manera

por ejemplo, ‘exhibición obscena’ (art. 185 del Código penal); así pues, los elementos normativos han de ser ‘comprendidos en su significación’.” BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Tratado de Derecho Penal, op. cit., p. 485.

⁶⁸⁵ Además, es de tener clara la advertencia de GLOCK: “Aunque no tenga sentido atribuir conciencia al cerebro o a sus partes, y aunque la conciencia no sea un proceso que ocurre en el cerebro, no hay nada de paradoxal en la idea de que un evento neurofisiológico, una estimulación eléctrica del cerebro o una presión sobre el globo del ojo, pueda producir ciertas experiencias (por ejemplo, una cintilación en el campo visual). Del mismo modo, no hay misterio metafísico en el hecho de que solo son conscientes criaturas que poseen un sistema nervioso central dotado de un cierto grado de complejidad – aunque haya aquí algunos enigmas científicos que Wittgenstein no ha abordado, como, por ejemplo, por qué y de qué modo las capacidades de sensación y de volición presuponen ciertos mecanismos y procesos neurofisiológicos, y como tales capacidades emergieran durante el proceso evolucionarios.” GLOCK, Hans-Johann. Dicionário Wittgenstein, op. cit., pp. 95-96.

*paradigmática, en los tipos que contienen elementos normativos, a los que se alude en el texto; pero es imprescindible también en los que no los contienen, porque los tipos no describen meros acontecimientos físicos sino hechos sociales, que sólo adquieren pleno sentido cuando se captan desde el entramado de normas de toda índole que califican la acción humana. Este conocimiento de la significación indispensable para conocer el hecho, no es, todavía, la significación antijurídica del mismo (...)."*⁶⁸⁶

Además, normalmente los penalistas defienden que el conocimiento de los hechos debe ser actual⁶⁸⁷, es decir, el autor debe tener conciencia de lo que hace – con sus circunstancias debidamente contextualizadas – mientras lo hace.

Sobre esa actualidad la doctrina tradicional se ha cuestionado sobre la necesidad de se exigir, para la caracterización de dolo, que el autor, mientras comete el delito, efectivamente tenga conciencia actual sobre todos los elementos del tipo penal, como, por ejemplo, la edad de la víctima menor en un abuso sexual, la cualidad de funcionario público en los delitos contra la administración, etc.⁶⁸⁸.

Ello porque, en esos casos, muchos penalistas se han puesto delante de un problema: Normalmente los delincuentes no piensan en esos elementos mientras cometen los delitos y, por lo tanto, no sería posible afirmarse que tenían conocimiento actual a su respecto en el momento de la realización física de la acción, es decir, en esos casos estaría ausente el requisito de la actualidad.

⁶⁸⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal, Parte General, op. cit.*, p. 622.

⁶⁸⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General, op. cit.*, p. 268.

⁶⁸⁸ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal, parte general, I, op. cit.*, p. 472.

Para solventar ese problema de ausencia de actualidad, PLATZGUMMER ha desarrollado una propuesta, que fue denominada de teoría de la coconciencia⁶⁸⁹, que es así explicada por ROXIN:

*“(...) Según ella el dolo abarca también aquellas circunstancias en las que el sujeto no piensa expresamente, pero de las que es ‘coconsciente’. Esta ‘coconciencia’, a cuyo análisis ha rendido grandes servicios especialmente Platzgummer aprovechando investigaciones de la Psicología de la asociación, consiste ‘en una conciencia a la que en efecto no se presta atención explícitamente, pero que es coconocida con otro contenido de conciencia al que se presta atención y a la que necesariamente ha de prestarse a la vez atención de modo implícito’. Lo coconocido puede por tanto ser también ‘coquerido’.”*⁶⁹⁰

⁶⁸⁹ Sobre el tema, así explica GIMBERNAT ORDEIG: “El austríaco PLATZGUMMER, en un libro que ha tenido, con toda justicia, una excelente acogida, ha demostrado que respecto de cierta clase de elementos del tipo, existentes en el momento de la acción, ni siquiera hace falta tener conciencia de ellos en sentido estricto para que pueda afirmarse el dolo, ni mucho menos que, según la definición del § 1 del Código penal austríaco, el autor ‘considere y decida’ el mal vinculado al delito; basta una ‘coconciencia’. Lo ‘coconsciente’ (Mitbewuste) se caracteriza porque, ‘como tal, no es consciente ni atendido explícitamente’. Como ejemplos de lo ‘coconsciente’ menciona PLATZGUMMER, entre otros, el hurto en una estación de ferrocarril. ‘El hurtador que sustrae una maleta en la estación es probable que, en su excitación, no tenga presente que lo hace precisamente en una estación y que un hurto así es especialmente reprochable’; no obstante, es claro que no podrá decir que no ha abarcado con el dolo la circunstancia de hallarse en una estación. Algo análogo sucede, señala PLATZGUMMER, con el elemento típico ‘funcionario’. Es muy posible que el funcionario que malversa no piense, al realizar el delito, en esa cualidad personal suya, pero no por ello podrá alegar que ha actuado sin dolo respecto de su cualidad funcional: cuando alguien pregunta por esa cualidad, el sujeto ‘no necesita, para contestar, ningún esfuerzo de la memoria, sino que la respuesta está siempre inmediatamente disponible en base a la vivencia inmediata y actual, sin necesidad de reflexionar y sin los característicos fenómenos que se presentan cuando uno se acuerda de algo’.” GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*, op. cit., pp. 254-255.

⁶⁹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, op. cit., p. 472.

Sin embargo, de acuerdo con lo ya desarrollado en este trabajo, es posible verificar que el problema que PLATZGUMMER pretendía solventar con su teoría del *Mitbewusstsein* es un falso problema.

En verdad, solamente quien piensa en el conocimiento como algo que ocurre topográficamente en el cerebro, mientras el agente comete el delito y que cree que será necesario que el autor efectivamente piense en esos elementos, es decir, que los pensamientos “pasen por la cabeza” del autor durante la acción delictiva, puede plantear esa clase de cuestionamiento.

Ello porque, como ya hemos puesto de manifiesto, quien comprende el conocimiento desde la perspectiva de la filosofía pragmático-lingüística de WITTGENSTEIN, sabe que el conocimiento no es algo psicológico, no es algo que el agente posee en el cerebro. El conocimiento es una habilidad y la memoria se caracteriza justamente por el retenimiento de tal conocimiento⁶⁹¹.

Yo puedo, por ejemplo, tener la intención de jugar ajedrez ahora, pero eso no presupone que mi intención contenga todas las reglas del ajedrez⁶⁹².

⁶⁹¹ HACKER, también, reafirma esa posición: “Nosotros hablamos de tener, o poseer, habilidades – esa es la figura que utilizamos. Pero poseer una habilidad no es ser dueño de cualquier cosa – es ser capaz de hacer alguna cosa. Es importante no se confundir con la forma que nosotros hacemos referencias a las habilidades. Posesiones que no son usadas pueden ser almacenadas. Pero cuando uno no está utilizando una habilidad, ella no está en un almacén. Tampoco está situada en cualquier sitio, aunque su vehículo, se es posible decir que ella tiene uno, pueda tener una ubicación (p.ej. los órganos sensoriales son los vehículos de las habilidades sensoriales). Conocimiento es una habilidad, y memoria es el conocimiento retenido. Es un equívoco común entre psicólogos y neurocientíficos suponer que memorias son, debe ser, o pueden ser, almacenadas en el cerebro. Pero el conocimiento que es una habilidad – es decir, saber que algo sea así – o el conocimiento que equivale a una habilidad o dominio de una técnica (como el conocimiento de inglés) no es almacenable. Lo que es conocido (también denominado conocimiento), en el caso de saber que algo es así, es, evidentemente, almacenable – por ejemplo, en libros, archivadores y ordenadores – si ello está escrito, codificado o fotografiado, etc. Pero no hay tal cosa como almacenar conocimiento en el cerebro. La memoria es solo metafóricamente el almacén de las ideas. (Evidentemente, ello no significa que no existan condiciones neurales para recordar a algo).” HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., pp. 110-111.

⁶⁹² HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays, op. cit., p. 179.

Así, si el agente tiene conocimiento de la edad de la víctima dos años antes de su acción delictiva, eso no quiere significar que, para que tenga conciencia del referido elemento, sea necesario que esté pensando en la edad de la ofendida, mientras comete el delito.

El conocimiento de ese elemento ya había ocurrido hace tiempo y estaba retenido en la memoria del agente. Y es justamente eso lo que significa tener conciencia de tal circunstancia.

Del mismo modo, el funcionario público sabe de esa su condición funcional desde que empezó efectivamente su ejercicio en tal cargo – y eso puede haber ocurrido hace mucho tiempo. Así, desde tal momento ya tiene la conciencia necesaria sobre el elemento “*funcionario público*” para la caracterización del tipo objetivo de un delito contra la administración pública.

Además, en algunos casos, incluso la conciencia relativa a algunos elementos centrales del tipo penal prescinde de un conocimiento inmediatamente actual a la realización física de la acción.

Si, por ejemplo, un asesino, que hace la guarda frente a la casa da víctima, ha visto que ella ha entrado en su habitación hace dos horas y no ha salido, y pone una bomba en la puerta de la habitación matando la ofendida, para que se pueda afirmar que tenía conocimiento del elemento típico persona viva, no es necesario que él, antes de explotar la bomba, tenga que mirar nuevamente dentro de la habitación para tener certeza que ella está allí⁶⁹³.

Lo relevante aquí es tener conciencia de la acción significativa contextualizada, una vez que, como afirma BUSATO, “*la acción punible no es el*

⁶⁹³ En el mismo sentido, cf.: GRECO: “*Quien coloca un reloj bomba en algún lugar puede estar dormitando al momento de la explosión; el conocimiento que fundamenta el dolo tiene que estar presente en el momento de la práctica de la acción que infringe la norma, esto es, en el momento en que la bomba es instalada.*” GRECO, Luís. *Comentario al artículo de Ramón Ragués*. Revista Discusiones, (XIII-2, 2013), pp. 69-70.

*movimiento físico sino el conjunto de circunstancias que dota de sentido una determinada realización”*⁶⁹⁴.

Así, para evaluar la actualidad necesaria para el dolo, no se debe tomar como referencia la acción ontológica, como simple movimiento físico, sino que se la debe comprender de acuerdo con *“un conjunto de circunstancias que transmiten un sentido de acción”*.⁶⁹⁵

De tal manera, la conciencia sobre algún elemento del tipo objetivo, en un momento anterior a la realización de los movimientos corporales que consustancian el delito, no representa una violación a la necesidad del elemento cognitivo del dolo del *“saber qué”*, sino que, más bien, representa una sofisticación necesaria de la teoría del delito, de modo que permita que se comprenda la complejidad de nuestras acciones significativas.

Por lo tanto se debe reafirmar que el conocimiento como conciencia involucra tanto la conciencia de los hechos y sus circunstancias, contextualizados en la acción significativa, cuanto de otros elementos, siempre referidos al tipo objetivo (que debe ser el *“objeto”* del conocimiento del dolo), que pueden ser conocidos, incluso, por medio del acceso a determinada información que puede estar retenida en la memoria, siendo, pues, prescindible que el agente tenga que efectivamente pensar en la referida información mientras comete el delito.

Hay que advertir, sin embargo, que la simple conciencia de la acción que el agente realiza, referida al tipo objetivo, no es suficiente para que se tenga plenamente caracterizado el elemento cognitivo.

Es necesario más para la efectiva verificación de la existencia o no de un compromiso del agente con el resultado significativo. Es necesario un

⁶⁹⁴ BUSATO, Paulo César. *Actio libera in causa y acción significativa*. En Problemas Actuales del Derecho Penal y de La Criminología, estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 511.

⁶⁹⁵ Confiérase en ese sentido, lo que sostiene BUSATO sobre la *actio libera in causa*: BUSATO, Paulo César. *Actio libera in causa y acción significativa*, op. cit., pp. 512-513.

examen adicional para la evaluación plena del elemento cognitivo del dolo, es necesario interpretarse, también, el requisito del conocimiento como dominio de una técnica, conforme se explicará a la continuación.

b) El conocimiento como dominio de una técnica

Como ya se ha visto en este trabajo, el compromiso lingüístico es el fundamento del dolo y es consustanciado por la adopción intencional de una de las vías implícitas del lenguaje que conllevan a determinados resultados significativos.

Asumir un compromiso con un significado es asumir la responsabilidad por él.

Así, para que uno pueda asumir compromisos lingüísticos es imprescindible que pueda inferir los resultados significativos derivados de las acciones que intencionalmente realiza.

La capacidad de inferir resultados significativos y, consecuentemente, de asumir compromisos es consustanciada por medido del dominio de una técnica, el saber como, el *know how*. Y es precisamente esa la perspectiva adicional que se propone, en este trabajo, incluir en la comprensión del elemento cognitivo del dolo.

De tal manera, aquí se defiende que son las habilidades humanas las que nos hacen capaces de hacer predicciones, de pronosticar acaecimientos futuros⁶⁹⁶.

⁶⁹⁶ Aquí es importante hacer una observación gramatical. Es importante subrayar que “*El futuro no se puede conocer.*” WITTGENSTEIN, Ludwig. *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1996, §188, p. 61. Así, como afirma VIVES ANTÓN: “(...) desde luego, parece preciso aceptar que cuando hablamos de conocimiento de las circunstancias presentes y (futuro) ‘conocimiento del resultado’, empleamos el término en sentidos distintos.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 251. Así, el futuro se pronostica, se prevé, no se conoce.

Sobre esas habilidades, que en este trabajo son denominadas de dominio de una técnica, HACKER y BACKER exponen lo siguiente:

*“El concepto de una técnica está conectado con la posibilidad de hacer predicciones (RFM 193). Por otra parte, esas predicciones no son causales. En caso de que no estuviesen garantizadas, no habría regularidades discernibles en poner en práctica una técnica y, por lo tanto, no existiría técnica alguna. (...) la predicción acaecerá, en cada caso, si la persona competente en la técnica hacer lo que es correcto, y por lo tanto ella presupone una diferenciación independiente entre los procedimientos correctos e incorrectos.”*⁶⁹⁷

HACKER afirma, todavía, en otro lugar que:

“El mundo en el que los grupos sociales humanos forman sus conceptos, en el que los niños adquieren conceptos y en el que los seres humanos usan conceptos es en general un mundo regular de objetos materiales distribuidos en el espacio y el tiempo y sometidos a una regularidad causal, y lo es también de criaturas vivientes que exhiben patrones de actividades

⁶⁹⁷ BACKER, G. P.; HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: rules, grammar and necessity*, (vol. II of an analytical commentary on the Philosophical Investigations), Essays and Exegesis of §§ 185-242, *op. cit.*, p. 144. Las referidas conclusiones derivan justamente de propuestas desarrolladas por WITTGENSTEIN, que pueden ser ilustradas por las siguientes frases, extraídas del cuerpo de su obra, expuestas en secuencia con el objetivo de dar un panorama sobre su visión acerca del tema: “(...) una espera está incrustada en una situación, de la que surge. La espera de una explosión puede surgir, por ejemplo, de una situación, en la que es de esperar una explosión.” (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, *op. cit.*, § 581, p. 363). “(...) siempre que la gente habla de la posibilidad de una precognición del futuro, se olvida del hecho de la predicción de los movimientos voluntarios.” WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, *op. cit.*, § 629, p. 387. “(...) muchas veces podemos predecir la acción de una persona a partir de la manifestación de su decisión. Un juego de lenguaje importante.” WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, *op. cit.*, § 632, p. 363.

teleológicas y de ciclos vitales. La persistencia de dichas regularidades es una condición para la utilización y la utilidad de los conceptos que poseemos.

Estos hechos muy generales de la naturaleza son condiciones de trasfondo para la formación, posesión, la aplicación y la utilidad de conceptos. Ello no podría ser de otro modo. Si cambiaran, muchos de nuestros conceptos comunes dejarían de ser útiles y algunos dejarían inclusive de ser utilizables.”⁶⁹⁸

Sentada la premisa de que es el dominio de una técnica el que nos permite hacer predicciones y, por consiguiente, que nos permite asumir compromisos con los significados de nuestras acciones (resultados significativos), es importante ahora comprender como se da el aludido dominio.

Inicialmente, se debe comprender que el dominio de una técnica consiste justamente en saber cómo jugar los juegos de lenguaje en nuestro sistema lingüístico de verificación.

Ese conocimiento presupone la capacidad de aprendizaje y adiestramiento. Aprendizaje de como se juega desde los juegos de lenguaje más simples hasta los más complejos. La capacidad de aprender la cultura, el modo de vida en que vivemos. Desde niños, por tanto, debemos saber como adquirir el acceso a ese mundo, el modo de poder hacer cosas que ya pertenecen a nuestro mundo cultural⁶⁹⁹.

De tal manera, las personas deben aprender el sistema de prácticas que compartimos con las otras personas, de acuerdo con las formas de vida de nuestra comunidad lingüística, comprendiendo las exigencias que los juegos de lenguaje nos dirigen en ese sistema de prácticas, que forma el telón de fondo que orienta nuestro actuar⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ HACKER, P. M. S. *El enfoque antropológico y etnológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 29

⁶⁹⁹ GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 121.

⁷⁰⁰ GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, op. cit., pp. 121-122.

Conforme asevera GEBAUER:

*“En el nacimiento, los humanos no tienen todavía ningún telón de fondo, no importa de que tipo sea, para un juego. En el primer aprendizaje de la acción reglada, especialmente del lenguaje, los pequeños niños son llevados primeramente a formar un telón de fondo. Lo que dificulta ese aprendizaje es el hecho de que ese telón de fondo no es rígido ni inmutable. Todo lo contrario, él es constituido de tal modo que el agente debe responder al juego de lenguaje en cuestión y a las situaciones específicas del juego de lenguaje, es decir, debe adaptarse a las circunstancias en constante mutación y frecuentemente nuevas.”*⁷⁰¹

Así, se puede decir que el conocimiento lingüístico no es un acto, no es algo que hacemos, no es un evento o un proceso, puesto que no es algo que ocurre o pasa. El conocimiento es una condición permanente, que no tiene duración. El conocimiento es más potencia, una capacidad, el dominio de una técnica de actuar en las más variadas situaciones y juegos de lenguaje⁷⁰². El conocimiento de cómo funcionan los juegos de lenguaje en nuestro sistema “es algo que las personas adquieren mediante la observación y la enseñanza.”⁷⁰³

⁷⁰¹ GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 123.

⁷⁰² GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 94. A ese respecto véase, también, lo que sostiene SEARLE: “(...) tengo que poseer un conjunto de capacidades y presuposiciones que me permita operar en el mundo. Es ese conjunto de capacidades, habilidades, tendencias, hábitos, disposiciones, presuposiciones admitidas y ‘know-how’ que vengo llamando de modo genérico de ‘telón de fondo’, y la tesis genérica del telón de fondo que vengo presuponiendo en ese libro es que todo los nuestros estados intencionales, todas nuestras creencias, esperanzas, miedos personales y así por delante solamente funcionan de esa manera que funcionan – o sea, solo determinan sus condiciones de satisfacción – si consideradas contra un telón de fondo del know-how que me permita operar en el mundo.” SEARLE, John R. *Mente, Linguagem e Sociedade - Filosofia no mundo real*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, pp. 220-221.

⁷⁰³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 279, p. 282. Así, como afirma RHEES, la capacidad de dominar una técnica “depende de cierto entrenamiento. En muchos casos depende

De tal manera, en el sistema de referencia lingüístico que funciona como telón de fondo de las acciones, la persona puede desarrollar una serie de capacidades de jugar determinados y, a veces, muy específicos juegos de lenguaje.

Como afirma WITTGENSTEIN:

*“La gramática de la palabra ‘saber’ está evidentemente emparentada de cerca con la gramática de las palabras ‘poder’, ‘ser capaz’. Pero también emparentada de cerca con la de la palabra ‘entender’ (‘Dominar’ una técnica).”*⁷⁰⁴

Las capacidades humanas pueden ser tanto activas cuanto pasivas, pueden ser innatas o adquiridas. Las capacidades innatas no quieren significar que uno ya nace con plenas posibilidades para ejércelas. Al poseer una capacidad innata el ser humano puede llevar tiempo para alcanzar su condición óptima. Del mismo modo, puede perfeccionarlas con el entrenamiento o desarrollarlas con la experiencia. Por otra parte, las capacidades que pueden ser adquiridas, son las habilidades que pueden ser aprendidas por medio de la instrucción y la experiencia, por medio de entrenamientos y ejercicios, son las denominadas habilidades de segundo orden⁷⁰⁵.

de algo a ser aprendido.” RHEES, Rush. *Wittgenstein’s on Certainty. There – Like Our Life*. Oxford: Blackwell, 2003, p. 21.

⁷⁰⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., § 150, p. 151. En el camino de WITTGENSTEIN, VIVES ANTÓN destaca: “Para determinar si ha habido un compromiso (una intención) concreta, v.g., el de matar a otro, habremos de examinar las reglas de toda índole (sociales y jurídicas) que definen su acción como una acción de matar y ponerlas en relación con las competencias del autor – con las técnicas que domina –. De este modo, y no a través de la indagación de inasequibles y poco significativos procesos mentales, podremos determinar lo que el autor sabía.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 252.

⁷⁰⁵ HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., pp. 112-113.

Hay personas que tienen un talento innato, un aptitud natural para un determinado tema, como música o matemática, o, incluso, para una determinada actividad, como bailar o cantar. Esa aptitud es una especial capacidad de segundo orden para adquirir o desarrollar una determinada capacidad de primer orden con una facilidad fuera del común o con un grado inusualmente alto⁷⁰⁶.

Sobre el aprendizaje, HACKER señala que:

*“El aprendizaje mejora las potencialidades humanas, da a la gente la capacidad de hacer cosas que, sin educación, no serían capaces de hacer. Esto incluye tanto los poderes activos, especialmente las habilidades, y poderes relativamente pasivos, tales como la capacidad de disfrutar y tener placer de experimentar cosas que demandan la educación – por ejemplo, escuchar música clásica, o ser capaz de comprender una conferencia o un libro. La educación es un bien para el hombre, ya que mejora las capacidades humanas.”*⁷⁰⁷

En suma, se puede decir que el dominio de una técnica son esas habilidades humanas, que pueden ser desarrolladas por medio de la experiencia o del aprendizaje⁷⁰⁸. La experiencia y el conocimiento son resultados acumulados por una cultura y no resultado de experiencias individuales de los sujetos⁷⁰⁹. El dominio de una técnica está entrañado en la idea de seguir una regla lingüística⁷¹⁰.

⁷⁰⁶ HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., p. 113.

⁷⁰⁷ “La relación entre una regla y un acto que esté de acuerdo con ella es interna o gramatical.” HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., p. 223.

⁷⁰⁸ Como afirma WITTGENSTEIN: “El sustrato de esa vivencia es el dominio de una técnica”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., p. 479.

⁷⁰⁹ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Curso de Teoria do Conhecimento e Epistemologia*, op. cit., p. 125.

⁷¹⁰ BACKER, G. P.; HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: rules, grammar and necessity*, (vol. II of an analytical commentary on the Philosophical Investigations), Essays and Exegesis of §§ 185-

Conforme apunta WITTGENSTEIN:

“¿Es lo que llamamos ‘seguir una regla’ algo que pudiera hacer sólo un hombre sólo una vez en la vida? – Y ésta es naturalmente una anotación sobre la gramática de la expresión ‘seguir una regla’.

No puede haber sólo una única vez en que un hombre siga una regla. No puede haber sólo una única vez en que se haga un informe, se dé una orden, o se la entienda, etc. – Seguir una regla, hacer un informe, dar una orden, jugar una partida de ajedrez son costumbres (usos, instituciones).

*Entender una oración significa entender un lenguaje. Entender un lenguaje significa dominar una técnica.”*⁷¹¹

Así, comprender una expresión, un juego de lenguaje, significa tener la habilidad práctica de utilizar la expresión o realizar los lances del juego de acuerdo con su empleo práctico y ordinario. Cuando somos capaces de pensar en el significado de una palabra o de hacer un lance en un juego, ello significa

242, *op. cit.*, p. 144. HACKER afirma, todavía, en otro lugar que: “El mundo en el que los grupos sociales humanos forman sus conceptos, en el que los niños adquieren conceptos y en el que los seres humanos usan conceptos es en general un mundo regular de objetos materiales distribuidos en el espacio y el tiempo y sometidos a una regularidad causal, y lo es también de criaturas vivientes que exhiben patrones de actividades teleológicas y de ciclos vitales. La persistencia de dichas regularidades es una condición para la utilización y la utilidad de los conceptos que poseemos.

Estos hechos muy generales de la naturaleza son condiciones de trasfondo para la formación, posesión, la aplicación y la utilidad de conceptos. Ello no podría ser de otro modo. Si cambiaran, muchos de nuestros conceptos comunes dejarían de ser útiles y algunos dejarían inclusive de ser utilizables.” HACKER, P. M. S. *El enfoque antropológico y etnológico de Wittgenstein*, *op. cit.*, p. 29

⁷¹¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, *op. cit.*, §199, p. 201. En ese sentido, también, HACKER y BACKER: “Si el lenguaje debe ser un medio de comunicación nosotros tenemos que concordar en la aplicación de las reglas de la gramática y las leyes de la lógica, de otra manera nosotros no podemos concordar respecto de ninguna regla, es decir, nada sería compartido.” BACKER, G. P.; HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: rules, grammar and necessity*, (vol. II of an analytical commentary on the Philosophical Investigations), *Essays and Exegesis of §§ 185-242*, *op. cit.*, p. 224.

que nosotros entendemos el significado de esa palabra o lance, es decir, dominamos el uso práctico de una técnica⁷¹².

A ese respecto, véase las reflexiones de WITTGENSTEIN:

*"(...) ¿nos enseña la experiencia que las personas, en tales y tales circunstancias, saben eso y lo otro? Con toda la certeza, la experiencia nos muestra que, por regla general, una persona que haya vivido un determinado período de tiempo en una casa está familiarizada con ella. O, también, la experiencia nos enseña que, después de un período bien determinado de entrenamiento, el juicio de un hombre merece confianza. La experiencia nos dice que, para poder hacer una predicción correcta, este hombre debe haberse visto sometido a tal aprendizaje durante mucho tiempo."*⁷¹³

Por consiguiente, cuando la persona domina determinada técnica, pasa a tener condiciones de inferir los resultados significativos derivados de sus acciones. Una persona que sabe manejar un coche, tiene capacidad de inferir que al arrancar el vehículo, liberar el freno de mano, meter la marcha y pisar el acelerador, el coche va andar.

Una persona que sabe manejar una pistola tiene capacidad de inferir que, al apretar el gatillo, se va a disparar el proyectil.

Esos ejemplos demuestran que es el dominio de una técnica que permite al agente inferir resultados significativos de sus acciones y, por tanto, asumir compromisos con ellos.

Es importante dejar claro, además, que el dominio de una técnica está vinculado a todas las clases de juegos de lenguaje.

Así, tanto los juegos de lenguaje que establezcan una relación con la naturaleza (por ejemplo, dominar la técnica de escalar montañas, de domar

⁷¹² MCGINN, Marie. *Sense and Certainty*. Oxford: Wiley-Blackwell, 1991, p. 141.

⁷¹³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 434, pp. 434-436.

animales salvajes), cuanto juegos de lenguaje relacionados a convenciones sociales y profesionales (por ejemplo, el dominio de la técnica de etiqueta social o de la técnica de cómo elaborar una resolución judicial válida), son jugados de modo adecuado de acuerdo con las técnicas que el agente domina.

Es importante, también, tener claro que el dominio de la técnica permite distintas formas de predicción, como explica VIVES ANTÓN, al hacer crítica a la teoría de HUME:

*“Al medir con el mismo rasero los fenómenos de la naturaleza y los procesos intencionales (las acciones), Hume da un tratamiento unitario a formas de conocimiento bien distintas: el conocimiento teórico con el que, por medio de la experiencia, explicamos los fenómenos naturales y el conocimiento intencional, que poseemos en virtud de que nos hallamos inmersos en una forma de vida. Mediante uno y otro, podemos hacer predicciones; pero la predicción según la cual mañana lloverá es de muy distinta índole a la que puede hacerse por un espectador cuando alguien dice: mañana saldré a pasear. La primera es una predicción causal y requiere cierto tipo de conocimientos y capacidades epistemológicos. La segunda no lo es: nos remite a la comprensión del sentido de un enunciado de propósito, a la valoración de su seriedad, etc. Estamos ante dos cosas distintas que no pueden ser equiparadas.”*⁷¹⁴

Así, solamente con esa concepción de conocimiento como dominio de una técnica, se puede comprender los distintos significados que un mismo sustrato puede ofrecer.

Por ejemplo, un experto tirador de cuchillos, que realiza esa actividad ya hace muchos años, infiere que no va pasar nada con la muchacha que está en la rueda que usa en su show.

⁷¹⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 844.

Así, si él falla y lesiona la muchacha con el cuchillo, la referida acción no puede ser calificada como dolosa con respecto al resultado de lesión, una vez que el dominio de la técnica que él tenía permitía al artista, por medio de criterios públicos y por todos evaluables, pronosticar que nada pasaría. Como consecuencia se puede afirmar que el agente no asumió un compromiso con el resultado.

Seguramente podrá responder, en determinados casos – p. ej. si el autor no cuenta con el consentimiento informado de la víctima –, por lesiones imprudentes, si es que éstas se producen, una vez que tirar cuchillos a terceros puede violar el deber objetivo de cuidado, pero no a título de dolo, ya que, de acuerdo con las técnicas que dominaba, era válido inferir la no ocurrencia del resultado lesivo y, por ende, era posible constatar la ausencia de un compromiso con el significado de su acción.

Si en el mismo caso (un mismo sustrato), quien tira los cuchillos es una persona de la platea que nunca en su vida había tirado un cuchillo, no hay duda que se trata de una acción dolosa, una vez que el agente no dominaba la técnica y, como consecuencia, podría fácilmente pronosticar la lesión a la víctima. Si decide, pues, realizar la acción, acaba por asumir un compromiso con el significado lesivo.

Es interesante notar que, cuanto más domina la persona una determinada técnica, más puede tomar parte en situaciones peligrosas que sean protegidas por referida técnica.

Un piloto de avión habilitado puede conducir una aeronave sin temer ser responsabilizado por homicidio doloso en caso de un accidente con muertes del que él sobreviva⁷¹⁵.

⁷¹⁵ Por otro lado, si un lego, que no tiene la mínima idea de cómo se pilota un avión, mata el piloto y el copiloto y asume la conducción de la aeronave, que no tiene piloto automático, causando, a la continuación, un accidente con muerte de los demás pasajeros. No hay dudas debe ser responsabilizado a título de dolo (eventual), una vez que era posible inferir la referida muerte, por las circunstancias de la acción (conductor sin cualquier idea de cómo

Del mismo modo, un experimentado cirujano puede abrir el pecho de un paciente y operar su arteria o sacar un tumor de su cerebro, sin miedo de ser responsabilizado a título de dolo⁷¹⁶.

Evidentemente que caso de que violen la *lex artis* de la aviación o de la medicina pueden ser responsabilizados a título de imprudencia, pero no se constata, justamente por cuenta del dominio de la técnica, un compromiso del agente con el resultado significativo.

Como se puede ver, por lo tanto, la inferencia no ocurre desde parámetros estadísticos, probabilísticos o de grado de riesgo, como defienden muchas teorías normativas. No. Es el dominio de una técnica que permite la inferencia, aunque el resultado no sea probable en términos matemáticos, aunque la acción no sea peligrosa⁷¹⁷.

mantener el avión en el aire [no dominaba la técnica], piloto y copiloto muertos y ausencia de piloto automático en el avión).

⁷¹⁶ Si un lego, sin cualquier clase de estudios médicos, en una condición normal, abre el pecho de una persona y hace intervenciones en sus arterias, resulta claro el dolo de matar. Del mismo modo que actúa con dolo si abre el cráneo y manipula un tumor en la cabeza de la víctima. En esos casos, la relación entre la acción y el resultado muerte es tan estrecha que se puede afirmar el dolo directo de matar, es decir, que el lego que abre el pecho del otro y hace intervenciones en sus arterias tiene nítida intención directa de matar.

⁷¹⁷ En el mismo sentido, VIVES ANTÓN afirma que: *“Como se ve, renuncio a articular el dolo exclusivamente sobre el saber (sobre el dominio de la técnica que ha de conducir –o no– a la producción del resultado). Aún prescindiendo de la exigencia anímica de cálculo – realmente difícil de concretar – la mera probabilidad no basta para afirmar la intención, ni conceptualmente – pues, por sí sola, no implica un compromiso con el resultado – ni, por consiguiente, en la práctica, donde afirmaríamos el dolo en casos en que la probabilidad es muy baja (v.g., el que conecta un artefacto letal a un número concreto de la lotería, de modo que sólo estallará si le corresponde el primer premio) y lo negaríamos en otros en que es bastante mayor (v.g. el que conduce a más de cien kms. por hora en una travesía urbana).”* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., pp. 255-256.

Basta referir al ya citado ejemplo del francotirador en Afganistán, que logró abatir los enemigos en un caso considerado como de disparo imposible⁷¹⁸.

Solamente con el excelente y extraordinario dominio de la técnica de disparo del *sniper* le habilitó, con la ayuda del observador, a lograr éxito en los referidos disparos.

Si ese hecho pasase fuera de una situación de guerra, no hay duda que la muerte causada por el disparo, como se verá en este trabajo, constituiría un homicidio doloso, aunque el riesgo de éxito fuera cuasi nulo y la probabilidad de éxito bajísima.

Del mismo modo que la probabilidad, como ya se ha referido en este trabajo, el peligro tampoco es un criterio tajante para la definición del dolo, aunque muchas veces efectivamente coincida con las situaciones de dolo.

Hay innumerables situaciones de peligro extremo que no conllevan una situación de dolo, justamente porque hay un altísimo dominio de la técnica, lo que excluye la existencia de un compromiso con el significado.

Un caso interesante y lamentable fue lo que ocurrió en el día 29 de julio de 2013, en una presentación del *Cirque du Soleil*, en Las Vegas (EUA). La artista Sarah Guyard-Guillot murió después de caer de una plataforma, mientras estaba siendo izada, a una altura de quince metros, en su presentación del show “Kà”, en el MGM Grand.

No hay duda que esas presentaciones circenses, en que una persona tira a la otra, donde se izan y juegan personas, en situaciones complejas y en escenarios altísimos, hay una clara situación de elevadísimo peligro, y es ese – el peligro – que consustancia el gran atractivo de esa clase de presentaciones.

Sin embargo, las referidas situaciones no conllevan asunciones de compromiso con eventuales resultados lesivos, una vez que el altísimo y especializado dominio de la técnica permite que los artistas infieran que nada

⁷¹⁸ Confiérase capítulo IV, 2., 2.1., b.

errado va pasar. Así, aunque innegablemente presente el peligro, las referidas acciones no consustancian supuestos de dolo.

Para continuar ilustrando la afirmación de que el riesgo no es un criterio fiable para la caracterización del dolo, sino que el dominio de una técnica, se puede, rápidamente, también, citar los siguientes ejemplos: El piloto de formula uno que mata a otro en un accidente en una competición; el experimentado saltador de *base jump* con *wingsuit*, que, al saltar se choca con su compañero de salto (que iba realizar las grabaciones del vuelo), que acaba perdiendo la estabilidad de su vuelo y acaba muriendo en el suelo; el cirujano especialista que hace un trasplante de corazón, que resulta en la muerte del paciente; etc.

Con esos ejemplos y con la idea de que es el dominio de una técnica el que permite al agente asumir compromisos con los significados delictivos, queda todavía más clara la crítica a las teorías de la probabilidad, incluso las normativas. Con ello se reafirma que los criterios de probabilidad o peligro objetivo no son adecuados para la caracterización del dolo. El criterio adecuado, como ya dicho, es el dominio de una técnica.

Además, la idea de dominio de la técnica también da una nota de responsabilidad personal a la acción dolosa, sin caer, entretanto, en las trampas del subjetivismo, ni del objetivismo.

Se puede concluir, por tanto, que las capacidades humanas, especialmente cuando son desarrolladas por el dominio de una técnica, son las condiciones que permiten el agente a conocer las condiciones de éxito de un juego de lenguaje y por consiguiente actuar con compromiso con el resultado, que es el fundamento del dolo⁷¹⁹.

Por fin, es importante subrayar que la adopción del criterio del dominio de una técnica permite a terceros - que pueden, incluso, no dominar las técnicas (como muchas veces puede pasar con los jueces) - realizaren un juicio de valor sobre las conductas, una vez que hay reglas públicas e

⁷¹⁹ Conforme ya propugnado en el capítulo II, 2., 2.2.

intersubjetivas que permiten estimar si el agente tenía o no capacidad para inferir las consecuencias de su acción y si asumió o no un compromiso con el resultado significativo.

c) Conclusión sobre el contenido del elemento cognitivo

Como conclusión se puede afirmar que el elemento cognitivo del dolo, que consustancia una de las facetas del compromiso que lo fundamenta, está dotado de dos sentidos:

(i) el conocimiento como conciencia de la acción y sus circunstancias (saber qué): que consiste en la conciencia (intersubjetivamente comprendida) del agente sobre lo que hace y sobre las circunstancias de su acción, conciencia esa que debe abarcar los elementos descritos en el tipo penal;

(ii) el conocimiento como dominio de una técnica (saber como): que consiste en la evaluación de las capacidades y competencias que el agente domina, que le habilita a pronosticar los resultados significativos de su acción.

Es importante, además, subrayar que el conocimiento como conciencia de la acción sirve para verificar si el agente efectivamente sabía, en el específico caso, que estaba asumiendo el compromiso con el resultado significativo de su acción. Ya el conocimiento como dominio de una técnica tiene la función de verificar si el agente podría asumir el compromiso con el significado de la acción realizada.

El elemento cognitivo, sin embargo, no es suficiente para que se pueda afirmar si un agente tenía o no compromiso con determinado resultado significativo, es decir, si el agente actuó o no con dolo.

Es imprescindible, también, para la caracterización de un compromiso lingüístico que consustancia el dolo, la concurrencia de una intención

(elemento volitivo del dolo), cuyos contornos serán explicados en el próximo apartado.

3. EL ELEMENTO VOLITIVO DESDE LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE.

El elemento volitivo, en las teorías tradicionales del dolo, siempre fue su principal y más importante componente. Era lo que distinguía el dolo de la imprudencia, lo que explicaba el dolo directo y lo que, de algún modo, los penalistas intentaban introducir, también, en el dolo eventual.

Sin embargo, el elemento volitivo del dolo ha experimentado un gran declive en muchas de las teorías recientes, tanto que incluso se ha creado una denominación específica para las tesis que abogan por su exclusión del concepto de dolo: Las teorías cognitivas.

En ese trabajo se entiende, entre tanto, que para una caracterización adecuada del dolo es insuficiente constatar simplemente el elemento cognitivo.

Teniendo en cuenta que el elemento cognitivo tiene un aspecto nítidamente pasivo y considerando que el dolo, por otro lado, exige una intervención activa en el mundo⁷²⁰, es posible constatar la insuficiencia de las teorías normativo-cognitivas.

Para comprender de modo más adecuado como se da la acción dolosa, es importante saber como ocurre la referida intervención activa de los seres humanos en el mundo.

Sobre ese tema, es interesante lo que HACKER explica:

“Los seres humanos son criaturas que tienen una voluntad - es decir, una capacidad para querer, objetivar y buscar propósitos de forma razonada, para deliberar y actuar por razones. Porque nosotros poseemos poderes cognitivos y volitivos, porque nosotros somos seres semovientes con poderes de predecir

⁷²⁰ O una no intervención activa, en el caso de la omisión, en que deliberadamente se deja que las cosas sucedan.

*los efectos de nuestros comportamientos, nosotros naturalmente concebimos nuestras acciones sobre las otras cosas como una interferencia en 'el curso natural de la naturaleza', produciendo, sosteniendo o previniendo cambios en el mundo a nuestro alrededor. Nosotros conscientemente hacemos que las cosas cambien, evitamos que cosas sucedan, que, de lo contrario, se producirían, y mantenemos cosas continuando que, si no fuera nuestra intervención, cesarían. Nosotros podemos, pues, intervenir 'en el curso de la naturaleza' intencionalmente, deliberadamente, con propósitos adicionales. Ya que podemos hacer cosas así intencionalmente, nosotros podemos hacerlas también involuntariamente, o de modo no espontáneo (v.g., bajo coacción), de modo no intencional, inadvertidamente, por accidente o por error."*⁷²¹

Por lo tanto, resulta lógico concluir que la acción dolosa involucra algo más que el simple contemplar, que el simple conocimiento (o la simple conciencia de la acción y dominio de una técnica), ella involucra también llevar a cabo intencionalmente una determinada acción⁷²², es decir, para la caracterización del dolo es necesario, también, un elemento volitivo.

Ello porque hay una clara diferencia entre nuestra intervención en el mundo de forma intencional, manifestando compromisos con nuestras acciones, y nuestra intervención simplemente equivocada, imprudente, por error.

Así, el error, el equivoco, el accidente, aunque indudablemente puedan tener relevancia jurídico-penal, no expresan – al contrario de la intención – una vinculación entre el agente y el significado de su acción.

Es precisamente ahí que el dolo necesita de su elemento volitivo. Necesita de algo que perfeccione esa responsabilidad normativa del agente con el resultado significativo de su acción, permitiendo diferenciar una intervención comprometida de un simple error o accidente.

⁷²¹ HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., pp. 144-145.

⁷²² Cf.: SIMESTER, A.P; SPENCER, J.R.; SULLIVAN, G.R.; VIRGO, G.J. *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*. 4ª ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2010, p. 127.

Algo que llene de contenido la acción, que manifieste el compromiso con determinado significado, que es justamente lo que justifica el mayor castigo del dolo y su diferenciación con la imprudencia.

Por lo tanto, es necesario buscar algo que sustancie una reivindicación del autor con relación a los significados de sus acciones, como bien explica BRANDOM:

“Por esa razón, podemos entender el establecer una reivindicación como tomar un tipo particular de instancia normativa en la dirección de un contenido articulado de forma inferencial. Se trata de, adherirse a ella, asumir la responsabilidad por ella, comprometerse con ella. La diferencia entre tratar algo cómo una reivindicación y tratar algo como un grito bruto, entre tratarlo como una jugada en el juego asertivo y tratarlo como un comportamiento sin propósito, está en si alguien la trata como la adopción de un compromiso adecuadamente articulado por sus relaciones consecuenciales con otros compromisos. Éstas son relaciones racionales, mediante las cuales la adopción de un compromiso obliga racionalmente que se adopten otros, relacionados con él, así como en inferencias consecuenciales. Esas relaciones articulan el contenido del compromiso o responsabilidad que alguien asume al pronunciar una oración. Al margen de este tipo de relaciones no hay tal contenido, por tanto, no hay ninguna afirmación.”⁷²³.

Así se puede comprender que, de hecho, en la caracterización del dolo, hace falta el elemento volitivo, que complementa una idea de compromiso iniciada por el elemento cognitivo, para dejar explícita esa vinculación, esa responsabilidad normativa existente entre el autor y los significados de su acción.

⁷²³ BRANDOM, Robert B. *Articulando Razões*, op. cit., pp. 212-213.

Y ahora llegamos a una importante premisa de este trabajo: Aquí se defiende que esa identidad subjetiva del agente es expresada en la acción por medio de la intención.

Ello porque uno solamente puede asumir un compromiso con el significado de su acción cuando la realiza intencionalmente. La intención manifiesta esa reivindicación normativa que uno expresa por medio de su acción con relación a los significados de ella derivados. La intención materializa la responsabilidad normativa derivada de la acción, materializa el compromiso lingüístico del autor.

En suma, se puede concluir que, para la caracterización de un compromiso y, consecuentemente, del dolo, es indispensable la concurrencia también de un elemento volitivo, consustanciado por la intención.

Es justamente en ese sentido que se posiciona VIVES ANTÓN, al afirmar que:

*"(...) la idea de dominio de una técnica no basta para captar ese compromiso con el resultado lesivo en que consiste el dolo. Del médico que, tratando de acudir con urgencia al lugar donde un paciente precisa un tratamiento sin cuya rápida administración moriría, conduce un tramo por la izquierda para evitar un largo rodeo, no puede decirse, si ocasiona un accidente mortal, que tuviera la intención de hacerlo; esto es, que se halle comprometido con su causación. Aquí, la acción que arrostra el peligro no conlleva una intención de matar, pese a que exista el dominio de la técnica de que se trata (conducir) y, por consiguiente, el 'conocimiento' del resultado."*⁷²⁴

Y es precisamente el elemento volitivo del dolo que nos permite hacer esa diferenciación, en el ámbito del Derecho penal, entre acciones dolosas y acciones imprudentes, por lo que no se ve como posible simplemente abandonar tal elemento, como proponen las teorías cognitivas.

⁷²⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 255.

Lo que pasa - y aquí es importante reconocer que alguna razón tienen las teorías cognitivas - es que muchas veces el elemento volitivo del dolo fue confundido con diversas clases de sentimientos, como deseos, propósitos, objetivos, planos y otros datos de naturaleza emocional.

Con ello, el elemento volitivo pasó a quedarse contaminado por una serie de estados mentales que efectivamente no tenían cualquier transcendencia para la configuración del dolo.

Tal conclusión, sin embargo, no significa que se tenga que simplemente abandonar el elemento volitivo, sino que, más bien, señala la necesidad de una depuración de tal componente.

Y es sobre esa depuración que se hablará en el próximo apartado de este trabajo.

3.1. Sobre lo que no constituye el elemento volitivo

Como ya hemos razonado, el elemento volitivo es imprescindible para la caracterización del dolo. Pero en adición a esa conclusión resulta relevante, en primer lugar, dejar bien claro lo que no constituye, no hace parte, del elemento volitivo del dolo.

Ello porque, como se ha dicho, el elemento volitivo viene tradicionalmente contaminado por una serie de estados mentales subjetivos que, en verdad, no tienen relación directa con la responsabilidad normativa que está entrañada en el compromiso del autor con el significado de su acción.

De tal manera, este capítulo se presta para dejar muy claro que el elemento volitivo no puede estar compuesto por las denominadas pasiones y por otros términos relativos a estados mentales que tienen un concepto ambiguo, normalmente vinculados a alguna clase de relación sentimental entre el autor y el resultado de su acción.

Las denominadas pasiones o afectos no pueden hacer parte del elemento volitivo del dolo, pues, al contrario de la intención, no expresan poderes activos del agente, sino que poderes pasivos⁷²⁵.

Sobre las denominadas pasiones o afectos, HACKER explica que:

*“La tradición filosófica ha colocado los afectos entre los poderes pasivos de la humanidad - no es sin razón que se les conoce como ‘las pasiones’. En los afectos comúnmente se incluyen la agitación (estar o sentir sorpresa, estar encantado, rebelarse, sentirse disgustado, asustado, horrorizado, emocionado, escandalizado), las emociones (ira, pesar, amor, odio, celo, envidia, orgullo, vergüenza) y humores (sentirse alegre, deprimido, contento, irascible). Pensamos sobre ellos como estados actuales, o, en ciertos casos, como estados disposicionales (...). Y pensamos en nuestras potencialidades para sentirlos como poderes pasivos (como cuando se habla de nuestra capacidad de sentir sorpresa o terror, para sentir el amor o la esperanza, y por estar de buen ánimo). Pasiones que son, no se actualizan de forma voluntaria. Uno no puede sentirse asombrado porque quiere, o tener la intención de esperar, y mucho menos sentir ansiedad a propósito. Pero las pasiones no están totalmente fuera de nuestro control. Sus manifestaciones a menudo pueden ser suprimidas, y los sentimientos pueden ser modificados, a veces por el razonamiento, a veces por distracciones deliberadas de la atención, a veces por medio de la técnica del ‘single-mind attention’, por ejemplo, para obtener un efecto positivo en nuestra vida.”*⁷²⁶

Por consiguiente, se aboga por el total rechazo de cualquier referencia del elemento volitivo del dolo a términos que tengan vinculación con poderes pasivos del ser humanos, una vez que las pasiones no pueden ser ejercidas

⁷²⁵ HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., p. 114.

⁷²⁶ HACKER, P. M. S. *Human Nature*, op. cit., pp. 114-115.

por medio de una acción y, como consecuencia, no pueden expresar una relación de compromiso del autor con el significado de su acción.

Del mismo modo, se debe rechazar como caracterizadores del elemento volitivo del dolo palabras que expresan significados ambiguos, muchas veces vinculados a alguna relación sentimental del autor con el resultado de su acción.

Ese rechazo está basado fundamentalmente en el hecho de que – justamente por cuenta de esa ambigüedad – muchas veces las referidas expresiones pueden confundirse con pasiones y con otros sentimientos que no pueden expresar, por sí solas, un compromiso del autor.

Así, se deben rechazar términos relacionados con los motivos del agente⁷²⁷ o vinculados al hecho del autor animarse, esperar, irritarse, entristecerse, arrepentirse, ser indiferente con el resultado, etc. u otras

⁷²⁷ Sobre la diferencia entre motivo e intención, véase lo que razona DRESSLER, desde el punto de vista angloamericano: *“Algunos juristas afirman que el motivo es irrelevante para el Derecho penal sustantivo. Referida alegación solamente es correcta si la ‘intención’ de causar daño social no es menos ‘intencional’ simplemente porque los motivos del autor no eran malos en su carácter. Por ejemplo, un médico que mata a su paciente terminalmente enfermo para ‘sacarlo del sufrimiento’ podría decirse tiene un bueno motivo, pero la muerte continua intencional”* DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*. 6ª ed. New Providence: LexisNexis, 2012, p. 123. Así, también, desde esa misma perspectiva, ELLIOT y QUINN: *“Es esencial se dar cuenta que la mens rea [dolo] no tiene nada que ver con motivo. Para ilustrar eso, véase el ejemplo de un hombre que sufoca su mujer con una almohada, con intención de matarla por que sufre de una enfermedad terminal, que le causa sufrimientos terribles y constantes. Mucha gente diría que el motivo de este hombre no es malo – de hecho mucha gente rechazaría la etiqueta de homicidio por lo que ha hecho. Pero no hay dudas que el actuó con el necesario mens rea para el homicidio, una vez que intencionalmente mató a su esposa, mismo considerando que él no quería hacerlo. Él puede no tener una mente culpable en el sentido común, pero el si tenía mens rea. El motivo puede ser relevante para la decisión de perseguir o no penalmente el autor, o, más tarde, para la sentencia, pero él no hay diferencia alguna relativamente a la responsabilidad legal.”* ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances. *Criminal Law*. 5a ed. Harlow: Pearson, 2012, p. 26.

expresiones que se refieran a alguna clase de relación afectiva del autor con la acción⁷²⁸.

Por el mismo motivo, se debe rechazar, como ya hemos visto, términos ambiguos como querer y propósito⁷²⁹, que hagan alusión a simples deseos del autor.

Sobre el deseo – que muchas veces, como se verá, es fuente de confusión en la comprensión del dolo – es importante aclarar que, ni en la doctrina continental, ni en la angloamericana, constituye el referido sentimiento un elemento necesario para la caracterización del dolo⁷³⁰.

A título de ilustración, véase lo que sostienen SIMESTER y SULLIVAN, en la teoría angloamericana:

“(...) el deseo no es un componente esencial para la intención. Frecuentemente, nosotros realizamos cosas no porque las queremos, sino porque ellas son medios para hacer otras cosas (que queremos). El padre que

⁷²⁸ Del mismo modo vale transcribir la crítica de VIVES ANTÓN: *“Claro que peor fortuna corren las tesis de la pluralidad, pues al comenzar reconociendo la existencia de tres (o dos) especies de dolo, se ben obligadas a hablar de un querer que, ora consiste en desear lo que se intenta producir, ora en aceptar lo que, con seguridad, ocurrirá, ora en asumir o ‘conformarse con’ lo que probablemente ocurra, de modo que el término ‘querer’, desvinculado en parte del deseo, se predica de tres actitudes psicológicas distintas, irreductibles a un género común, respecto a las que, si se sigue hablando de lo mismo (de ‘dolo’) es sólo porque reciben el mismo – o parecido – tratamiento.”* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 250.

⁷²⁹ Como afirma VIVES ANTÓN: *“(...) propósito es un término ambiguo que puede indicar deseo; pero, más a menudo, se identifica con la intención futura, cuya referencia lógica a la acción es semejante a la de la intención presente”.* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 754.

⁷³⁰ En ese sentido, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN sostienen que: *“Este querer [que configura el dolo] no se confunde con el deseo o con los móviles del sujeto”.* MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 269. En el sistema angloamericano, se tiene la misma posición: *“intención es algo bastante distinto del motivo y del deseo.”* SIMESTER, A.P.; SPENCER, J.R.; SULLIVAN, G.R.; VIRGO, G.J. *Simester and Sullivan’s Criminal Law*, op. cit., p. 129.

*reprime a su niño por mal comportamiento puede hacerlo con pesar, creyendo que esa es su única opción y deseando mucho que hubiese otra cosa que pudiera hacer; aún así, él tiene, igualmente, la intención de castigarlo.”*⁷³¹

De tal manera todos esos datos no pueden hacer parte de la concepción del elemento volitivo, una vez que no son imprescindibles para la caracterización del compromiso que fundamenta el dolo.

Esa afirmación, sin embargo, no quiere significar que las pasiones y términos ambiguos no puedan constituir criterios preciosos para la determinación de la intención⁷³². No. Todos esos elementos pueden muchas veces ayudar a comprender cuales compromisos el agente asume. Pero no hacen parte de la concepción de dolo.

Así que, en este trabajo, se defiende que el elemento volitivo del dolo debe ser consustanciado solamente por la intención, que es lo que importa para la caracterización de un compromiso del autor con el significado de su acción, como se verá a la continuación, en que nos dedicaremos a explicar como deberá ser comprendida la intención para fines de caracterización del dolo.

3.2. Sobre la intención

Una vez esclarecido lo que no hace parte del elemento volitivo, cumple ahora identificar cuál es efectivamente la gramática de la intención, que es el verdadero centro de gravedad del lado volitivo del dolo.

Para ello, es fundamental, desde luego, tomar una posición clara sobre como se comprende la intención en este trabajo.

⁷³¹ SIMESTER, A.P.; SPENCER, J.R.; SULLIVAN, G.R.; VIRGO, G.J. *Simester and Sullivan's Criminal Law, op. cit.*, p. 129.

⁷³² Sobre los criterios para la intención, véase el capítulo V, 3., 3.3.

Así que, para nosotros, la intención es consustanciada por la expresión de una pretensión significada de realizar determinada acción⁷³³.

En ese sentido, como consigna MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ:

“(...) hay que aclarar que cuando VIVES alude a la intención (a la ‘gramática’ de la intención) en el seno de la pretensión de ilicitud, se está refiriendo a la llamada ‘intención subjetiva’, es decir, a aquella que consiste en la atribución concreta de intenciones al sujeto y que, aunque – como ya se dijo – no desempeña necesariamente un papel definitorio en la delimitación conceptual de la acción, despliega la función sustantiva de posibilitar el

⁷³³ Véase que VIVES ANTÓN concibe la intención como “compromiso de actuar de determinado modo” o un “compromiso de llevar a cabo la acción correspondiente” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 242 e p. 247. Como se puede ver, nuestra propuesta cambia un poco la concepción de intención de VIVES, una vez que aquí no se utiliza la palabra “compromiso”. Ello se da para evitar confusiones conceptuales entre las concepciones de compromiso y intención (como será tratado a la continuación). Sin embargo, creemos que materialmente la concepción aquí adoptada coincide con la de VIVES ANTÓN. Otro punto que merece una explicación en nuestra concepción es la adopción de la palabra expresión (*äußern*) de una pretensión. Es sabido que la expresión de una pretensión, para ser comprendida por terceros, para tener sentido, debe estar de acuerdo con el contexto lingüístico de la acción. Así que existen expresiones de pretensiones que son sin sentido, que no tienen significado. Por ello, defendemos que la expresión de una pretensión que configura la intención debe ser una expresión significada, intersubjetivamente adecuada. Sobre la preponderancia del significado sobre la expresión en Derecho penal, véase la advertencia de VIVES ANTÓN: “las acciones humanas se hallan, como ya se ha dicho, lingüísticamente conformadas, como lo está la vida social en la que se insertan, por lo que sus significados abandonan el ámbito del sujeto para configurarse según reglas identificables mediante los usos y costumbres afincados en el espacio público. Llegados a ese punto, no creo que pueda seguir caracterizándose la acción humana exclusivamente por su condición expresiva: en cualquier caso, su significatividad, no su expresividad, es lo que me parece determinante.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Estudio preliminar*, op. cit., p. 51. Sin embargo, optase por mantener la palabra expresión, pues, efectivamente, la intención es consustanciada por una expresión. Una expresión de una pretensión de realizar determinada acción.

*enjuiciamiento de la conducta realizada por el sujeto, esto es, permitir atribuirle un compromiso con la acción ofensiva realizada.”*⁷³⁴

Así, la intención es una reivindicación, una manifestación lingüística en que el sujeto presenta una forma de intervención en el mundo por medio de una acción.

El sentido de la intención es identificado por el contexto de la acción y también por las circunstancias que el agente sabe y la técnicas que domina, es decir, el elemento volitivo del dolo tiene su sentido vinculado al elemento cognitivo.

Ello porque, la distinción entre elemento cognitivo y volitivo del dolo, al fin y al cabo, solo tiene una función didáctica, para promover una mejor comprensión de la gramática del dolo.

Así, se puede decir que el elemento cognitivo y volitivo del dolo están umbilicalmente interconectados. No son separables. No existe un dualismo en el dolo. En fin de cuentas, el dolo no es una cosa que pueda ser separada en dos substancias⁷³⁵.

⁷³⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 342. VIVES ANTÓN concibe la intención e “compromiso de actuar de determinado modo” o un “compromiso de llevar a cabo la acción correspondiente” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 242 e p. 247.

⁷³⁵ En esos sentido, confiérase lo que preconiza VIVES ANTÓN: “Sin embargo, me gustaría acabar este «reexamen» destacando, no sólo el rechazo a la idea del proceso mental y la afirmación del carácter público del saber y del querer; sino también, la dudosa corrección gramatical de las preguntas por el dolo.

Porque esas preguntas inquietan qué es el dolo o cómo se prueba el dolo, dando por sentado que el dolo es algo: si hay acciones dolosas (y otras que no lo son) debe haber algo que aquellas tengan en común. Pero, más bien habría que partir de la idea de que las acciones no son nada y, por lo tanto, tampoco el dolo puede ser ningún objeto del mundo; sino que representa únicamente un calificativo de las acciones dolosas.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 242 e p. 656-657.

Por fin, es imprescindible tener en cuenta que la intención es siempre lingüística y siempre caracterizada por una acción⁷³⁶. Así, la relación entre la intención y la acción es interna o gramatical⁷³⁷.

Ello no quiere decir, sin embargo, que la intención tiene referencia exclusiva a la acción. No, el dominio de una técnica, como ya visto, habilita al agente a predecir el futuro. Así, cuando el agente realiza intencionalmente una acción, causa, también, intencionalmente modificaciones lingüísticas en el mundo. La acción intencional genera también resultados significativos intencionales en el mundo.

⁷³⁶ Además, no se puede olvidar que la intención no es ontológica, no es un sustrato, no es algo interno, no es un estado mental, “[p]ues la negación de la intención como proceso mental pertenece al núcleo central del pensamiento de Wittgenstein.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 653. Así, también entiende HACKER: “(...) tener una intención de hablar alguna cosa no significa que lo que uno quiere decir debe ya ‘existir en la mente’ de la persona antes que ella diga”. HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays, op. cit., p. 180. La intención tampoco puede ser identificada con algo pre-lingüístico, una vez que la creencia sobre la posibilidad de un significado anclado en estados intencionales pre-lingüísticos y pre-comunicativos es típica manifestación del solipsismo metodológico de la filosofía del espíritu o de la conciencia desde Descartes hasta Husserl. Cf.: APEL, Karl-Otto. *Semiótica filosófica*, op. cit., pp. 192-193. Además, como afirma el mismo autor: “(...) los significados (intersubjetivamente válidos) no pueden ser reducidos a intenciones pre-lingüísticas justamente porque son articulaciones públicas necesarias de las intenciones de significado genuinas”. APEL, Karl-Otto. *Semiótica filosófica*, op. cit., p. 179.

⁷³⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal*. En *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I. Madrid: Edisofer, 2008, p. 1243. De acuerdo con GLOCK, relaciones internas: “son relaciones que no podrían dejar de ocurrir, por se pasaren juntamente con los términos (objetos o elementos relacionados), o por ser (en parte) constitutivas de esos términos, como es el caso del blanco ser más claro que el negro.” GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 318. Véase que WITTGENSTEIN acabó dejando de utilizar la expresión relación interna y pasó a utilizar, relación gramatical, cf.: GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 319.

De tal manera, es posible afirmarse que la intención tiene una vinculación a la acción, pero hace, también, referencia a los resultados, al significados derivados de esa acción.

Así, la pretensión de actuar de determinado modo, la intención, que caracteriza el elemento volitivo del dolo, es referida a la acción y sus consecuencias (directas o eventuales)⁷³⁸.

En otras palabras, la intención también es referida al resultado de la acción, una vez que *“el resultado y la conexión del resultado con el movimiento – o la ausencia de movimiento – corporal no son sino momentos internos de la acción típica”*⁷³⁹.

Recapitulando las conclusiones parciales sobre la intención se puede afirmar que: (i) la intención es la expresión de una pretensión significada de realizar determinada acción; (ii) el sentido de la intención es comprendido de acuerdo con el contexto de la acción, con la consciencia de la acción y con las técnicas que el agente domina, pues el elemento cognitivo y volitivo del dolo son umbilicalmente interconectados; (iii) la intención es consustanciada por una acción lingüística, pero es referida también a sus consecuencias (directas o eventuales).

Sentadas esas premisas, cumple ahora explicar qué es efectivamente el compromiso que caracteriza el fundamento del dolo.

El compromiso es una reivindicación normativa manifestada por la acción intencional, es una vinculación moral existente entre la acción

⁷³⁸ En ese sentido afirman, ORTS BERENGUER y GONZÁLES CUSSAC: *“Si por tanto la voluntad se expresa en el mismo actuar del sujeto, ya no se puede explicar cómo proceso natural (psicológico), sino en términos normativos, como un compromiso con la acción, y en consecuencia con un compromiso con la lesión del bien jurídico protegido.”* ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLES CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal: parte general, op. cit.*, p. 307.

⁷³⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal, op. cit.*, p. 320. Además, como preconiza VIVES ANTÓN: *“Es pues, actuando, como establecemos relaciones causales. Pensamos causalmente porque somos seres que actúan, y actuar comporta producir cambios en el mundo de acuerdo con nuestros fines. Indagamos las causas porque tenemos necesidad de hacerlo.”* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal, op. cit.*, pp. 310.

intencional y sus significados. Es la asunción de una obligación, de una responsabilidad, por el resultado significativo de sus acciones intencionales⁷⁴⁰.

En el sentido de que el compromiso es referido al significado de la acción, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ afirma el siguiente:

*“De ahí que deba recalcar que la afirmación de la imputación dolosa implica también un cierto grado de voluntad (la intención), con la particularidad, eso sí, de que se trata también de un querer normativo (y no naturalístico), que supone un compromiso con el significado y, por ende, una decisión de realizar algo o, en su caso, una decisión de omitir una conducta a pesar de lo que se conoce.”*⁷⁴¹

La palabra compromiso, sin embargo, de acuerdo con lo que se defiende en este trabajo, no debe ser utilizada como sinónima de intención., Aunque ambos estén referidos al significado de la acción, es decir, a la acción y sus consecuencias.

Así, se adopta, en el presente trabajo, una nomenclatura un poco distinta da lo que normalmente utiliza VIVES ANTÓN, que, muchas veces, usa la palabra intención como equivalente a compromiso⁷⁴².

El problema del uso de las palabras intención y compromiso como sinónimas – además de las razones didácticas – es que puede generar una cierta confusión en la comprensión de los ámbitos a que cada una de esas expresiones debe referir.

⁷⁴⁰ MOYA, Carlos. *The Philosophy of Action*, op. cit., p. 167.

⁷⁴¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 354.

⁷⁴² Cf., por ejemplo.: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 248, 252, etc.

De tal manera, de acuerdo con nuestra propuesta (que es inspirada en las argumentaciones de VIVES y materialmente muy semejante), intención y compromiso pertenecen a planos distintos.

La intención se vincula al plano del significado, es decir, al ámbito en que se establecen los significados de nuestras acciones (criterios de sentido).

Ya el compromiso se vincula al plano de la responsabilidad, es decir, al ámbito de como nosotros asumimos la responsabilidad por nuestras acciones (criterios de responsabilidad).

Esos dos planos en la configuración del dolo constituyen la doble dimensión normativa que caracteriza el dolo, conforme preconiza VIVES ANTÓN, al afirmar que la primera dimensión, caracterizada por lo que aquí se defiende como intención, constituye *“las reglas que la identifican y la hacen posible y cognoscible”* y la segunda dimensión, constituya por el compromiso, se da *“en la relación entre el autor y la acción.”*⁷⁴³

Una vez explicado eso, es necesario reafirmar que la intención combinada con el saber que y con el dominio de una técnica es que consustancian el compromiso que fundamenta el dolo.

En otras palabras, para que se tenga el compromiso que caracteriza el dolo, el elemento cognitivo (saber que y saber como) debe habilitar al autor a prever los resultados significativos potencialmente derivados de determinada acción (en el caso, significados delictivos) y, ante tal proyección, el autor intencionalmente realiza la acción, que prevé los resultados inferidos, comprometiéndose, así, con el aludido resultado significativo.

Así que, el lanzador de cuchillos, citado anteriormente como ejemplo, aunque tenga el dominio de una técnica, aunque sepa lo que hace, puede expresar la pretensión de matar o lesionar a la mujer que está en la diana, direccionando el cuchillo para alcanzarla.

⁷⁴³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 248.

El cirujano que sabe lo que hace y domina la técnica quirúrgica también puede expresar la pretensión de matar al paciente al que, por ejemplo, odia.

El experto saltador de *wing suit* puede, en su salto, expresar la pretensión de matar su compañero de salto y deliberadamente chocarse con él en el momento de la acción.

En todos esos casos se puede ver que la intención nos habilita a diferenciar una acción dolosa de una acción imprudente, aunque se pueda analizar dos situaciones con sustratos iguales.

Con esos ejemplos queda muy clara la necesidad del elemento volitivo. Como se ha visto, entre las conductas del médico que quiere matar su paciente o del que lo mata por violación de la *lex artis* podemos tener un mismo sustrato. Podemos, incluso, tener un mismo elemento cognitivo, es decir, un mismo saber que y un mismo dominio de la técnica. La diferencia del significado descansa, pues, precisamente en la intención contextualizada⁷⁴⁴, en la expresión de una pretensión de matar, que perfecciona la vinculación normativa existente entre el autor y el significado de su acción.

Por lo tanto, se puede constatar que, con la imprescindibilidad de la intención y con su plasmación en la expresión de una pretensión de actuar de determinado modo, lo fundamental para la comprensión del significado de la acción no es el objetivo, no es la probabilidad, que puede, incluso, ser igual en todos esos ejemplos. Lo objetivo no tiene la transcendencia que permite diferenciar dolo de imprudencia. Será la intención significada y contextualizada, el elemento volitivo, comprendido con el elemento cognitivo, que nos permitirá distinguir el significado de cada una de esas conductas, de cada una de esas situaciones.

⁷⁴⁴ No es posible, sin embargo, afirmarse que la diferencia entre dolo y imprudencia reposa en el elemento volitivo, ya que esa separación no puede ser realizada, dada la interconexión umbilical entre ellos.

Evidentemente, que en muchos de esos casos, en que se constata dos sustratos iguales, se podrá estar ante una acción estratégica, por ejemplo, de fingimiento del autor – como apuntamos en el citado ejemplo del vaso Ming – haciendo todavía más compleja la distinción entre la existencia de un injusto doloso o imprudente⁷⁴⁵.

Sin embargo, en esos casos lo que está en juego es una cuestión de prueba, exigiéndose, pues, que se busquen los criterios de la intención, que ganan especial relevancia para identificar el significado de cada acción, es decir, para saber cual fue la pretensión expresada por el autor y con cual significado se comprometió, especialmente en acciones más complejas⁷⁴⁶.

Una vez expuesta nuestra toma de posición sobre la intención, en que se la comprende como la expresión de la pretensión de actuar de determinado modo (y que se proyecta también hacia el resultado significativo), es esencial reforzar un segundo aspecto fundamental sobre la intención: La intención es siempre consustanciada por una acción significativa⁷⁴⁷.

Así, la intención depende de criterios públicos. No es posible significar cualquier cosa por un simple deseo, por un acto mental, sino que solamente por una acción intencional significada en su contexto⁷⁴⁸.

En ese sentido, VIVES ANTÓN preconiza que:

“Las atribuciones de intención descansan sobre hábitos regulares, en los que quedan inscritas. (...) Hay pues una intencionalidad externa, objetiva, una

⁷⁴⁵ Véase el referido ejemplo en el capítulo IV, 2., 2.1., a.

⁷⁴⁶ Sobre los criterios de la intención, confírase capítulo V, 3., 3.3.

⁷⁴⁷ Además, como afirma MOYA: “(...) la acción humana es una habilidad de se comprometer a hacer cosas en el futuro y esta habilidad que justifica la nítida distinción entre acciones y acaecimientos. Los agentes son seres que tienen la capacidad de se comprometer con las acciones.” MOYA, Carlos. *The Philosophy of Action*, op. cit., p. 167.

⁷⁴⁸ En ese sentido, afirma GLOCK: “No podemos querer decir cualquier cosa con cualquier signo que usamos, bastándonos, para ello, la realización de un ato mental (PI 18n, §§ 508-10; Z §6).” GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 280.

*práctica social constituyente del significado (...) en las que se apoyan las intenciones del sujeto, y sin la cual no son, siquiera, identificables como intencionales.”*⁷⁴⁹

Es justamente por ello que WITTGENSTEIN afirma que *“la intención está encajada en la situación, las costumbres e instituciones humanas”*⁷⁵⁰.

La gramática de la intención se manifiesta así por medio de una acción u omisión que tiene significado intersubjetivamente compartido, una vez que *“sólo los significados convencionales del lenguaje aseguran (...) las condiciones de posibilidad de los significado intersubjetivamente válidos.”*⁷⁵¹

El problema entonces, estará en determinar cuando podremos afirmar que concurre el significado intersubjetivo de la intención propia del dolo; problema, ciertamente complejo, al que trataremos de dar respuesta, siquiera inicial, en el siguiente epígrafe de este trabajo.

3.3. Los criterios de la intención (“la prueba de la intención”)

Como se ha visto en el epígrafe anterior, la intención es un elemento decisivo para la comprensión de una acción como dolosa o como imprudente y debe ser comprendida de modo intersubjetivo, no psicológico.

⁷⁴⁹ Como pondera VIVES ANTÓN: *“(...) lo que haga o deje de hacer no depende de lo yo quiera, sino de esas reglas o prácticas que preexisten y se impone a mi deseo. Yo tenía la intención de dar jaque mate; pero no lo he dado. Yo no quería ofender; pero las expresiones que he proferido son injuriosas (o viceversa), etc. No es el contenido del querer; son, al contrario, las reglas que rigen la práctica de que se trate las que determinan el sentido de lo que hago, su descripción o interpretación como acción.”* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 757.

⁷⁵⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., §337.

⁷⁵¹ APEL, Karl-Otto. *Semiótica filosófica*, op. cit., p. 183.

Del mismo modo, se ha constatado también que las acciones dolosas y las acciones imprudentes, en muchos casos, tienen un mismo sustrato, es decir, hay casos en que dos acciones materialmente idénticas pueden ser consideradas como dolosas o como imprudentes y que, en esas hipótesis, es precisamente la intención que permite diferenciar esos dos significados distintos.

De tal manera, gana especial relevancia la necesidad de se identificar cuando se está delante una intención que consustancia el dolo y cuando no. Por esa razón conviene explicar cómo se puede identificar esas acciones intencionales, es decir, cómo *“se prueba el elemento volitivo del dolo”*.

De acuerdo con una visión psicológica de la mente, una manifestación externa expresa, en verdad, una especie de síntoma del interno. Es decir, todo lo externamente observable no pasa de manifestaciones sintomáticas de lo que pasa dentro del sujeto.

Esa es una concepción tan fuerte en nuestra comprensión cotidiana que llegó al punto de inicialmente convencer WITTGENSTEIN, que, en su filosofía más temprana, defendía que lo externo era un síntoma de lo interno.

Esa idea de síntoma consustanciaba una descripción inmediata de experiencia (que podría ser verdadera o no). Los síntomas eran evidencias a favor de determinadas hipótesis y que tenían una relación empírica con determinada proposición⁷⁵². El síntoma era una *“pieza de evidencia inductiva descubierta por la experiencia.”*⁷⁵³

Sin embargo, WITTGENSTEIN acabó dándose cuenta del equívoco de tal comprensión y acabó propugnando el abandono de la expresión síntoma, pasando a defender el empleo de la palabra criterio.

⁷⁵² Cf.: HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays, *op. cit.*, pp. 248-249; GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, *op. cit.*, pp. 116-117; MACHADO, Alexandre Noronha. *Lógica e forma de vida*, *op. cit.*, p. 378.

⁷⁵³ Cf.: HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays, *op. cit.*, p. 249.

Ello porque los criterios consustancian, de acuerdo con WITTGENSTEIN, las *"razones que están relacionadas, desde el punto de vista gramatical, con la proposición y que nos dicen cuál es."*⁷⁵⁴

Con la noción de criterio, WITTGENSTEIN no pretendía establecer una parte de la teoría del conocimiento, sino que, más bien, simplemente ofrecer un instrumento modesto en la descripción de los distintos usos de las palabras⁷⁵⁵.

Así, conforme explica HACKER:

"(...) especificar el criterio de la verdad de una proposición es caracterizar los medios para verificar la proposición (AWL 17, 19). Es un modo de contestar a la pregunta: ¿Cómo sé que 'p'? (AWL 18f.; BB24).

*Lo que distingue a un criterio de un síntoma, en el nuevo sentido de este último término, es que los criterios son fijados en la gramática (PI §322), están establecidos en el lenguaje, en la reglas, gráficos, etc. (LPE 293), y, en ese sentido, son una cuestión de convención."*⁷⁵⁶

Por lo tanto, de acuerdo con la visión wittgensteiniana, se puede afirmar que los criterios poseen tres características distintas: (i) los criterios determinan el significado de las palabras que gobiernan, de modo que son fijados por la gramática, establecidos por el lenguaje, tienen, pues, un sentido de convención, siendo que la relación entre los conceptos y criterios es interna o gramatical, es decir, si cambiamos los criterios se debe también cambiar los conceptos; (ii) los criterios son la forma de determinar como sabemos de alguna cosa; y (iii) los criterios tienen naturaleza especial, de modo que el

⁷⁵⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Zettel*, op. cit., § 437.

⁷⁵⁵ Cf.: HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays, op. cit., p. 244.

⁷⁵⁶ Cf.: HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays, op. cit., p. 244.

criterio de algunas palabras son revocables, una vez que no hay una lista definida de las circunstancias, por ejemplo, que determinan términos psicológicos, no haciendo, pues, parte de su significado⁷⁵⁷.

Además, los criterios, de acuerdo con RAMOS VÁZQUEZ, tienen también las siguientes características:

“a) Son aspectos del significado de las expresiones referidas a procesos internos o, como mínimo, determinaciones parciales de dicho significado. Constituyen, pues, una base para la afirmación de dichas proposiciones, proporcionando una justificación a tales afirmativas.

b) Por lo tanto, los criterios se encuentran en conexión con las nociones de pruebas, verificación, conocimiento y otras análogas.

*c) En determinadas ocasiones, los criterios son refutables.”*⁷⁵⁸

De tal manera, son los criterios los que nos permiten comprobar, acreditar, la existencia o no de la intención. Son ellos los que nos permiten saber si determinado agente tuvo o no determinada intención.

Es precisamente en ese sentido que WITTGENSTEIN proclama que: *“un proceso interno necesita criterios externos”*⁷⁵⁹.

⁷⁵⁷ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein, op. cit.*, pp. 119-120.

⁷⁵⁸ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Un ‘proceso interno’ necesita ‘criterios externos’: Algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo. En Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 1645.*

⁷⁵⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas, op. cit.*, §580, p. 363. Aquí es importante dejar claro que con tal afirmación WITTGENSTEIN no está, sin embargo, reconociendo la distinción interno/externo. En ese sentido, véase lo que sostiene VIVES ANTÓN: *“(…) ciertamente, como ha subrayado Ramos, hacen falta criterios externos para determinar cuándo podemos decir que una acción determinada es o no dolosa; pero no se trata de criterios externos a partir de los cuales pueda inducirse la existencia o inexistencia de determinados procesos internos;*

Sobre esa afirmación de WITTGENSTEIN, McGINN explica que:

“Es en este sentido que ‘el cuerpo humano es la mejor imagen del alma humana’ (PI, p 178.). Los conceptos de intención, de expectativa, de pesar, de dolor, y así sucesivamente se basan en las formas de expresión de los cuerpos vivos de seres humanos y otros animales. En el dominio de nuestro juegos de lenguaje psicológicos no estamos siendo entrenados para identificar los procesos en un ámbito interno, sino para participar en identificar el significado de, cada vez más complejos, patrones de actuar y responder aquello que se entrelaza en nuestra intrincada forma de la vida. Nuestros conceptos psicológicos se conectan con los distintos patrones en la compleja forma de la vida de los seres vivos, y no con un reino oculto de los estados y procesos internos.

Por lo tanto, cuando Wittgenstein señala que “un ‘proceso interno’ necesita de criterios externos” (PI, 580), no está llegando a una conclusión conductista a partir de un argumento en contra de la posibilidad de un lenguaje privado. Más bien, él está haciendo una observación gramatical en la conexión esencial que existe en nuestro lenguaje ordinario entre nuestros conceptos psicológicos y los patrones distintivos que son discernibles dentro de la forma de vida humana y animal; la observación es puramente descriptiva, no prescriptiva. Así, nuestro concepto de dolor no describe el ‘algo’ que existe oculto dentro del cuerpo físico, sino que se conecta con el cuerpo vivo como tal, en el sentido de que se expresa o describe el significado de sus gritos y gestos.

sino que ‘tal dicotomía no existe’: determinan el uso de la palabra y, por lo tanto, los criterios son constitutivos, el dolo es siempre, por lo tanto, dolus in re ipsa. A pesar de lo cual, esos criterios no pueden ser absolutamente seguros, ni constituyen ninguna ‘ciencia’; pero pueden proporcionar una seguridad suficiente, que nos permita entendernos al hablar y, en consecuencia valorar correctamente nuestras acciones. En resumen cabe terminar esta reflexión sobre lo interno y lo externo apelando a una lapidaria frase de Wittgenstein: ‘Lo interno es una ilusión. Esto es, el complejo total de ideas al que se alude con esta palabra es un telón pintado que se levanta delante del escenario del uso efectivo de la palabra’”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del Sistema Penal, op. cit. p. 656.

(...)

*Cuando nos fijamos en nuestra práctica de describir los seres humanos que viven, entonces descubrimos que el cuerpo humano entra en nuestro juego de lenguaje, no sólo como objeto de descripción física y fisiológica, sino como un sujeto encarnado: un centro unificado de adscripción psicológica.”*⁷⁶⁰

Expuesto lo que son los criterios, cumple ahora verificar cuales criterios deben ser utilizados para la comprensión y comprobación de la intención.

En ese sentido, se puede decir que GLOCK identificó, a lo largo de las obras de WITTGENSTEIN, tres criterios fundamentales que sirven para la demostración de lo “interno” y que pueden perfectamente ser adoptados como criterios para la prueba de la intención dolosa: (i) el contexto; (ii) las explicaciones y (iii) las confesiones⁷⁶¹.

El contexto es el criterio más importante para la demostración de la intención en un proceso penal, una vez que no depende de la buena voluntad del acusado para facilitar importantes informaciones sobre sus intenciones⁷⁶².

Respecto del contexto de la acción HACKER expone el siguiente:

“La adscripción de predicados psicológicos reside en el comportamiento en determinadas circunstancias. Es lo que las personas hacen y dicen, como ellas actúan y reaccionan en ciertos contextos, que constituyen las bases que justifican afirmación se alguien está con dolor, percibe cosas, está alegre o

⁷⁶⁰ MCGINN, Marie. *The Routledge Guidebook to Wittgenstein's Philosophical Investigations*. New York: Taylor & Francis Group, 2013, p. 155.

⁷⁶¹ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 279.

⁷⁶² WITTGENSTEIN afirma sobre el contexto: “Describir mi estado anímico (el de miedo, por ejemplo); es lo que hago en determinado contexto. (Así como una determinada acción sólo es un experimento en un determinado contexto).” WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., p. 435.

*deprimida, está pensando o imaginando, etc. (...) Esas formas de comportamiento constituyen, en el contexto, criterios lógicos (Z §466)."*⁷⁶³

Así, las intenciones ganan sentido en el contexto de la acción, en la forma de vida, en las costumbres y hábitos en que ella es realizada⁷⁶⁴.

Además, se debe considerar un sinnúmero de características que son muy importantes para la comprensión de la intención del agente, como la naturaleza de los objetos empleados (como armas, herramientas y otros), el local de los golpes o disparos, el *modus operandi*, situaciones temporales, complexión física y muchos otros elementos que son ricos en revelar la intención del agente⁷⁶⁵.

⁷⁶³ HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays, *op. cit.*, p. 261.

⁷⁶⁴A ese respecto, VIVES ANTÓN explica que: "*La voluntariedad –y las atribuciones de intención– resultan de un contexto y dependen de la relación de la conducta con las pautas que gobiernan nuestras vidas: no son elementos de la acción, sino formas o modos de entender la conducta como acción.*" VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, *op. cit.* p. 237.

⁷⁶⁵PUPPE cita algunos ejemplos que sirven de ilustración de cómo el específico contexto de la acción puede enseñar o no la intención del agente: "*Tirar una botilla llena de gasolina con la mecha encendida (el denominado cóctel molotov) en una habitación es un método idóneo para prender fuego en una casa, aunque en el caso concreto solo tenga quemado la habitación (BGH NStZ 1995, 86). Pero ello solamente será un método de matar, si se atinge personas o si la fuga de esas personas es dificultada por el hecho de percibieren el incendio tardíamente, o caso la salida este bloqueada (cf. BGH StV 1983, 360; NStZ 1994, 483 [485]. Métodos de matar son igualmente tiros y puñaladas en el tronco o en el cuello [BGH NJW 1983, 2268 = StV 1983, 363 = MDR 1983, 854; BGH NStZ 1988, 317; BGH NJW 1984, 1693; BGH StV 1986, 15; BGHSt 22, 330], desde que no direccionados a la superficie (BGH GS NJW 1993, 943), y golpes con un objeto pesado contra la cabeza (cf. BGH StV 1987, 92; NStZ 1991, 126; NStZ 1994, 585; NStZ 1988, 360). Pero, contrariamente, a la decisión BGH NStZ 1981, 22 (23), tirar una hacha en un policial a una distancia de cuatro metros no es un método de matar, si la víctima encontrase por detrás de una puerta de cristal cerrada.*

Quien impide el otro de respirar, al apretarle una almohada contra la cabeza o estrangularlo, utiliza un método de matar (BGHSt 7, 363; 19, 191; BGH NStZ 1983, 365; 1992, 587; StV 1983, 458; 1984, 187). Lo mismo se puede afirmar en relación al hecho de tirar una persona inconciente (cf. BGH NStZ

Para la consideración del contexto de la acción, se deben también tener en cuenta los antecedentes (v.g. peleas, discusiones, traiciones, amistades, enemistades, odio, rabia, pandillas o aficionados rivales etc.) y consecuentes de la acción (v.g. fuga, ocultamiento de los objetivos relacionados al delito, amenaza a testigos, tentativas de reanimación de la víctima, búsqueda por ayuda a la policía o encaminamiento de la víctima a hospitales, etc.)⁷⁶⁶.

Así, la acción y su contexto no son una fotografía estática, en que se hace una clase de recorte de la realidad, sino que constituyen un gran y rico mosaico en que se debe tener en cuenta todos los detalles que se pasan antes, durante y después del movimiento físico. De tal manera, la acción solo tiene significado si es interpretada con todo ese contexto como telón de fondo.

Además es de considerarse también las explicaciones del autor⁷⁶⁷, conforme sostiene GLOCK:

1982, 506) o alguien que no sabe absolutamente nadar en aguas profundas." PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, op. cit., pp. 84-85.

⁷⁶⁶ Respecto de la importancia del contexto, véase la ejemplificación de FLETCHER: "Para poder entender lo que quiere decir 'comprensión' basta con recordar el ejemplo que antes poníamos del guardia de Palacio de Buckingham. Efectivamente, mientras están de servicio, los guardias del referido Palacio parece que no se mueven, pero ello no se debe a que estén paralíticos, sino a un compromiso que previamente ha asumido de permanecer así, inmóviles. En el mundo circundante hay numerosos datos que sugieren que están firmes en posición de atención (sus uniformes, su formación en grupo, su situación frente al castillo, el horario, la regularidad de su conducta). Todos estos datos sugieren que hacemos una selección desde el mundo circundante, desde el contexto.

Veamos ahora al mismo guardia, vestido en traje de calle y pongámoslo solo en medio de un bosque. Nadie que pase por allí sabrá si se trata de un paralítico, de un hipnotizado o de un robot que mueve los ojos. El contexto es, pues, decisivo para entender que tanto el movimiento corporal, como la pasividad son productos de la actuación humana. Obsérvese que el mundo circundante y el contexto no son los medios para explicar la conducta, sino para percibirla y comprenderla." FLETCHER, George. *Conceptos básicos de Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 90-91.

⁷⁶⁷ Es posible afirmarse que las explicaciones, en último análisis, también son parte del contexto. Sin embargo, discurrirse separadamente sobre las explicaciones parece relevante para dejar más clara la argumentación.

*“Lo que A quiere decir se evidencia a partir del modo como, en caso de ser necesario, él explica, justifica o elabora sus expresiones, por las consecuencias que él extrae de éstas, por las respuestas y reacciones que él acepta como pertinentes (PG 40-5; Z §24).”*⁷⁶⁸

Por consiguiente, para la identificación de las intenciones del agente se debe tener en cuenta las manifestaciones que el agente expresa antes (v.g. si cuenta para alguien que va matar, robar, violar etc.), durante (v.g. si habla para la víctima que es un atraco, que va violarla o matarla) y después (v.g. si grita la maté, la violé, logré hacer el atraco) del hecho. Así como sus reacciones si llora, ríe, conmemora el hecho, queda triste, feliz, etc.

Por fin, es importante tener en cuenta las confesiones del autor, que constituyen el modo de manifestación del autor sobre los hechos, es decir, como el autor admite, explica, razona sobre el significado de la acción y de sus intenciones.

Respecto de la confesión, WITTGENSTEIN pondera que:

*“Los criterios para la verdad de la confesión de que he pensado esto y lo otro no son la descripción veraz de un proceso. Y la importancia de la confesión verdadera no radica en que reproduzca un proceso correctamente y con seguridad. Más bien radica en las consecuencias especiales que se pueden sacar de una confesión, cuya verdad está garantizada por los criterios especiales de la verdad.”*⁷⁶⁹

Así, la confesión, para tener sentido, debe estar encajada en el contexto de la acción y en la forma de vida que constituye su trasfondo.

⁷⁶⁸ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein, op. cit.*, p. 279.

⁷⁶⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas, op. cit.*, p. 509.

Además, en ese caso, no cabe plantear duda alguna del agente sobre su propia intención. Por lo tanto, el agente no necesita de criterios para saber su intención. De tal manera, no cabe evaluar si su confesión fue equivocada, sino solamente si fue honesta⁷⁷⁰.

Sobre las explicaciones y confesión, HABERMAS preconiza lo siguiente:

"(...) el acto de emisión cuenta per se como una autopresentación del hablante, es decir, como un indicador suficiente de la intención del hablante expresar una vivencia. Por la misma razón, los actos de habla expresivos pueden ejecutarse normalmente sin componente ilocucionario. Sólo en casos en que se quiere poner un énfasis especial se hacen lingüísticamente explícitos esos componentes, por ejemplo en situaciones en que el hablante expresa deseos o sentimientos con solemnidad o energía, o en contextos en que el hablante manifiesta, descubre, confiesa, etc., a un oyente sorprendido o receloso pensamientos o sentimientos que hasta entonces había callado. De ahí que las confesiones poseen para el análisis de los modos fundamentales un papel paradigmático parejo al que tienen las afirmaciones, o al que tienen los mandatos y las promesas." ⁷⁷¹

Se debe tener en cuenta, además, que los criterios del contexto, de las explicaciones y de las confesiones deben ser todos interpretados conjuntamente y teniendo nuestras formas de vida como trasfondo.

Por fin, ya que se está hablando sobre la prueba del elemento volitivo del dolo, conviene reafirmar, como ya se ha consignado⁷⁷², que para comprobar el elemento cognitivo, lo que uno conoce, se debe verificar como el

⁷⁷⁰ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 279.

⁷⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. II, op. cit., pp. 99-100.

⁷⁷² Véase: capítulo V, 3., 3.3.

sujeto actúa⁷⁷³. Así, como preconiza WITTGENSTEIN, yo (y también las demás personas) revelo mis conocimientos *“diariamente por medio de mis actuaciones y de lo que digo.”*⁷⁷⁴

Además, de esa verificación, también es posible constatar los conocimientos de una persona por medio de determinadas habilitaciones que acreditan lo que uno sabe hacer. De tal manera, el carnet de motorista acredita que una persona sabe conducir. El diploma escolar que sabe leer. Un certificado de cinturón negro de la federación de jiu-jitsu que la persona domina las técnicas de jiu-jitsu.

Así que esas acreditaciones son extremadamente importantes para la comprobación sobre las técnicas que una persona domina, aunque deban ser siempre contrastadas con la actuación del autor, que va decir si efectivamente, en el contexto de la acción, el autor puede ejercer sus habilidades.

En adición, es cierto que las habilidades naturales del ser humano son conocidas de todos y las eventuales dificultades para ejercerlas - circunstanciales o permanentes - también deben ser demostradas y tenidas en cuenta en un proceso, siempre valorando su acción contextualizada.

Como conclusión del presente epígrafe, cumple resumir que el contexto, las manifestaciones y la confesión son los criterios que sirven para la comprobación, en un proceso penal, de la intención, que caracteriza el dolo.

⁷⁷³ WITTGENSTEIN afirma: *“Solo de alguien que puede hacer esto o lo otro, que lo ha aprendido, dominado, tiene sentido decir que lo ha vivido.”* WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., p. 479.

⁷⁷⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 431, p. 56.

4. EL DOLO DESDE LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE

Como se ha visto, la posibilidad de inferir resultados, de predecir el futuro, debe ser evaluada de acuerdo con nuestras habilidades y con las técnicas que nosotros dominamos, es decir, de acuerdo con el elemento cognitivo del dolo.

Como también ya se ha afirmado, la intención es consustanciada por la expresión de una pretensión de realizar determinada acción, permitiendo así que se diferencie acciones dolosas de acciones meramente imprudentes.

De tal manera, el elemento cognitivo permite pronosticar el futuro y el elemento volitivo consustancia la pretensión de actuar de acuerdo con esa inferencia, siendo que esos dos elementos manifiestan el compromiso con el resultado significativo.

Es precisamente sobre esa habilidad de hacer predicciones que se debe dedicar un poco de atención en ese momento, una vez que ese punto es extremadamente relevante para que se pueda diferenciar el dolo directo del dolo eventual, que es el tema que trataremos a la continuación.

Esa capacidad de hacer predicciones, esa capacidad de inferir significados, que tienen las personas que son dotadas de lenguaje, puede cambiar, caso a caso.

No es algo matemático, una vez que *“la proposición gramatical es una licencia para hacer inferencias, no una descripción de un ‘hecho necesario’”*⁷⁷⁵.

Así, se debe tener en cuenta que hay una infinidad de juegos de lenguaje, que nacen y mueren, que tienen sus reglas específicas y que, del mismo modo, ofrecen posibilidades distintas de se inferir resultados o de se predecir significados.

⁷⁷⁵ HACKER, P. M. S. *El enfoque antropológico y etnológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 28. Véase, además, que ese pronóstico no tiene que ser algo reflexivo. Se trata de las inferencias normales que hacemos en nuestra vida, que, en muchas veces, son realizadas en fracciones de segundo.

A pesar de esa real posibilidad de que nuestro sistema lingüístico de referencia cambie, lo cierto es que nuestro mundo generalmente es bastante estable, permitiendo, pues, la realización de predicciones con gran fidelidad.

Sobre la regularidad del mundo, HACKER enseña que:

“El mundo en el que los grupos sociales humanos forman conceptos, en el que los niños adquieren conceptos y en el que los seres humanos usan conceptos es en general un mundo regular de objetos materiales distribuidos en el espacio y en el tiempo y sometidos a una regularidad causal, y lo es también de criaturas vivientes que exhiben patrones de actividad teleológica y de ciclos vitales. La persistencia de dichas regularidades es una condición para la utilización y la utilidad de los conceptos que poseemos.”⁷⁷⁶

Además, es interesante poner de relieve que nuestros pronósticos son realizados básicamente de dos maneras, por medio de la observación o del aprendizaje: (i) sobre como funcionan los fenómenos de la naturaleza y (ii) sobre como funcionan las leyes interpersonales.

En el primer caso, el sujeto observa los fenómenos de la naturaleza y, a través de la experiencia, acaba aprendiendo como funcionan la regularidades del mundo en que vive. O, por otro lado, el sujeto puede aprender como funcionan esos fenómenos por medio del aprendizaje, que es fornecido por las demás personas.

Con ello nos habilitamos a predecir eventos de acuerdo con las diversas clases de conexiones causales, como el impacto, la tracción, mecanismos combinados de impacto y tracción, reacciones químicas, biológicas, entre otras⁷⁷⁷.

⁷⁷⁶ HACKER, P. M. S. *El enfoque antropológico y etnológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 29.

⁷⁷⁷ Cf.: GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, op. cit., p. 70.

Aquí el dominio de las técnicas de la física, de la química, de la biología y otras referidas a la naturaleza es que nos permite pronosticar determinados resultados.

Por otro lado, podemos realizar predicciones por medio del conocimiento de nuestras reglas prácticas y culturales, que están inmersas en nuestras formas de vida y cuyo conocimiento nos permite inferir las acciones y reacciones lingüísticas derivadas de nuestras acciones significativas, como son las emociones, el miedo, la espera, las amenazas, las promesas, las recompensas, etc., así como los comportamientos de las personas a nuestro alrededor, incluso de las víctimas de los delitos.

Aquí las reglas sociales, culturales, jurídicas, institucionales y otras reglas lingüísticas son las que nos habilitan a inferir resultados significativos derivados de nuestras acciones significativas, en el ámbito interpersonal.

Conociendo esas dos formas de predicción, en sus mas variadas modalidades, nos tornamos, también, capaces de evaluar la cualidad de cada una de esas inferencias.

Las técnicas que dominamos, es que nos permiten saber si el resultado significativo es cierto o dudoso. Cada juego de lenguaje, en su contexto, nos permite decir que el resultado significativo va ocurrir (grado de seguridad) o puede ocurrir (grado de duda).

Por ejemplo, podemos saber, desde el nivel de absoluta certeza, que, si alguien decapita una persona con una motosierra, esa persona va a morir. Por otro lado, tenemos duda sobre si uno va a morir si alguien tira una persona adulta por la ventana de un piso situado en la tercera planta de un edificio. En ese caso estamos ante una situación de duda.

Así, hay una evidente gradación de nivel en esa predicción, que puede estar más próxima o más lejas de la certeza.

Partiendo precisamente de esos distintos grados de predictibilidad es que, en Derecho penal, se ha establecido dos clases fundamentales de dolo: El dolo directo y el dolo eventual.

Así, cumple, ahora, explicar como cada una de esas clases de dolo debe ser comprendida para la elaboración, de modo productivo y consistente, de la arquitectura gramatical de esas dos modalidades fundamentales del dolo.

4.1. Una propuesta para la comprensión del dolo directo

La primera clase de juegos de lenguaje predecibles que vamos analizar está compuesta por aquellos casos en que el pronóstico que el agente realiza es seguro, es decir, el agente prevé con grado de certeza que, al realizar determinada acción, se llega a determinado resultado significativo.

En esos casos, el agente, con base en las técnicas que domina, infiere que el resultado se dará, en caso de que intencionalmente realice la acción. Esos son los casos del denominado dolo directo.

El ser humano dotado de lenguaje y que domine la técnica referida al juego de lenguaje en cuestión tiene perfecta capacidad de realizar la acción que conlleva al resultado significativo.

En ese sentido, véase lo que explica GEBAUER:

*“Si un sujeto aprendió un juego de lenguaje, él elige entre los medios disponibles e indica por su elección que puede diferenciar fin y medio en un juego de lenguaje y, con ello, aplicar distintas posibilidades para realizar su intención.”*⁷⁷⁸

En el dolo directo el sujeto prevé con seguridad que los medios que tiene disponibles llevan a determinado resultado previsto en el tipo penal, con

⁷⁷⁸ GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*, op. cit., p. 102.

lo cuál se compromete, al realizar intencionalmente la acción que conlleva la aludida consecuencia⁷⁷⁹.

En ese sentido son incontables las acciones que habilitan a una persona a inferir resultados directos de las mismas y a comprometerse con ellos⁷⁸⁰. Basta poner los ojos en la parte especial del Código Penal para constatar modos bastante simples de inferir las conductas y significados allí descritos, como matar, como hurtar, como lesionar, como robar, como violar, etc.

Así, se puede decir que habrá, por ejemplo, dolo directo de matar si una persona efectúa disparos contra la cabeza o contra el pecho de otra, pero no si dispara contra los pies o las manos. Del mismo modo, hay dolo de matar al ahogar a una persona, ahorcar, prender fuego al cuerpo empapado de

⁷⁷⁹ Esa capacidad de diferenciar medio y fin y esa capacidad de predicción, tienen como punto de referencia las condiciones de éxito de la acción, que evidentemente pueden, por innumerables motivos, no cumplirse en caso concreto, fracasando, así, la predicción realizada. Véase, sin embargo, que, como bien advierte WITTGENSTEIN, *"Hay una diferencia entre el error para el que, por así decirlo, hay un lugar previsto en el juego de lenguaje y una anomalía completa que se presenta excepcionalmente."* WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 647. De tal manera, el hecho de que el agente pronostique el resultado, evidentemente, no significa que el resultado necesariamente debe acaecer. Caso contrario, no tendría sentido hablar de tentativa en Derecho penal. Si el autor pronostica la muerte de una persona, al efectuar disparos en contra ella, no quiere decir que la víctima necesariamente va morir, una vez que las condiciones de éxito de ese juego de lenguaje pueden no cumplirse. El agente puede, por ejemplo, perder el punto de mira y no lesionar la víctima. El proyectil puede impactar en el móvil que estaba en el bolsillo de la camisa de la víctima, impidiendo que la bala perfora su tórax, etc., etc. El no acaecimiento del resultado inferido no quiere significar que no hubiese dolo. Lo que se debe evaluar es si, de acuerdo con las condiciones intersubjetivas y públicas de éxito, para aquel determinado agente, en aquel determinado contexto, el resultado significativo fue inferido.

⁷⁸⁰ Véase que aquí también son incluidos los casos en que el sujeto tiene conocimiento de la acción y domina la técnica que le permitiría no realizar el resultado, pero, a pesar de ello, decide abusar de los referido conocimientos, precisamente para producir un resultado delictivo, con lo que existe una relación inferencial directa y por lo tanto, dolo directo.

gasolina, apuñalar el pecho de otro, decapitar, impedir que respire, enterrar, etc., etc.

Todas esas acciones permiten una predicción segura sobre la muerte, una vez que hay una relación inferencial directa - es decir, existe una previsibilidad intersubjetiva con grado de certeza - entre la acción y el resultado significativo. Y esa previsión segura puede ser realizada en muchos otros delitos, en que se puede inferir las consecuencias de nuestras acciones.

Por consiguiente, se puede decir que el dolo directo es aquel en que el agente, en un determinado contexto, de acuerdo con el elemento cognitivo, realiza intencionalmente la acción que conlleva el resultado significativo previsto en el tipo objetivo, pronosticado con seguridad, comprometiéndose con él.

En el dolo directo el autor realiza intencionalmente una acción, cuyo contexto (es decir, de acuerdo con lo que el autor sabe, las técnicas que domina y las específicas circunstancias del caso) expone una relación inferencial directa entre la acción y el resultado significativo.

Es interesante notar, además, que, en el dolo directo, precisamente por existir esa relación inferencial directa (predictibilidad intersubjetiva con grado de certeza), cuando el agente realiza la acción, el resultado - además de ter sido intencional - acaba normalmente por constituir también el propósito del agente.

Es decir, el resultado, en el dolo directo, al fin y al cabo, puede caracterizarse también como la meta "*el plan o, dicho de otro modo, la finalidad subjetiva*"⁷⁸¹ del agente. Así, en esos casos, el resultado es el objetivo que el agente busca.

Sin embargo, referimos a esa situación solamente como una observación, una vez que, como hemos visto, el propósito - al igual que el deseo - no tiene la transcendencia necesaria para la caracterización del dolo.

⁷⁸¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 652.

Es decir, la existencia del propósito o no es irrelevante para la configuración del dolo⁷⁸².

Así, el dolo directo se compone por los siguientes elementos: (a) pronóstico intersubjetivo seguro (relación inferencial directa); (b) intención referida a la acción, que se proyecta al resultado; y (c) compromiso del autor con el resultado significativo.

Es importante subrayar que la propuesta aquí realizada es distinta de lo que tradicionalmente se viene proponiendo en las teorías del dolo, por las siguientes razones: (i) el criterio para la identificación del dolo no es el peligro, no es el riesgo, no es la probabilidad, ni la posibilidad del resultado, sino que la intención de realizar una acción, cuyo resultado significativo es pronosticado como seguro, de acuerdo con las circunstancias que el agente conocía y con el dominio de la técnica que tenía; (ii) la intención, que es el núcleo del elemento volitivo, es vista como la expresión de una pretensión de realizar determinada acción (que proyecta sus efectos al resultado), y es la intención que ilumina de sentido el elemento cognitivo, marcando la identidad personal del autor en la acción; (iii) los criterios aquí utilizados son lingüísticos, intersubjetivos, no subjetivos (mentales) o objetivos (independientes del sujeto); y (iv) lo que importa es la acción contextual y significativa, no los estados mentales o proposiciones transcendentales y descontextualizadas.

Con ello, en nuestra opinión, la teoría del dolo tiene un incremento de cualidad y supera las dificultades que eran enfrentadas por las teorías psicológicas y normativas en la identificación de tal elemento.

⁷⁸² En fin de cuentas, como consigna VIVES ANTÓN: “(...) *el querer que da lugar a la responsabilidad no es, – no puede, al menos en Derecho Penal, ser – ninguna clase de sentimiento. Una responsabilidad que descansara básicamente en los sentimientos, como una responsabilidad cuyo fundamento esencial fuesen los deseos, implicaría un –inadmisible– Derecho Penal del ánimo.*” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., pp. 252-253.

4.2. La pérdida de sentido del dolo directo de segundo grado

La doctrina usualmente establece una diferenciación en dos clases de dolo directo, el dolo directo de primer grado y el de segundo grado.

El dolo directo de primer grado es aquel en que el agente tiene la intención directa de cometer un determinado delito, mientras que el denominado dolo directo de segundo grado es tradicionalmente considerado aquel en que el autor, para realizar su objetivo principal, que es el objeto del dolo directo de primer grado, tiene que necesariamente también cometer delitos contra otras víctimas, cuyas violaciones a los bienes jurídicos es consecuencia necesaria para la realización de la conducta principal. Por ello, el dolo directo de segundo grado también es denominado de dolo de consecuencias necesarias.

Como explican MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN:

“Dentro del dolo directo se incluyen también los casos en los que el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende: dispara contra alguien que está detrás de una cristalera valiosa. No basta con que prevea la consecuencia accesoria, es preciso que, previéndola como de necesaria o segura producción, la incluya en su voluntad.” ⁷⁸³

⁷⁸³ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 270. En el mismo sentido explica ROXIN: “El dolo directo (de segundo grado) representa un ‘querer’ la realización del tipo, aun cuando el resultado sea desagradable para el sujeto. ‘Las consecuencias de la acción que se reconocen como necesarias son asumidas en su voluntad por el agente, aun cuando no tenga en absoluto interés en esas consecuencias’ (RGSt 5, 314 ss., 317).” ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, op. cit., p. 424.

El ejemplo clásico de dolo directo de segundo grado es el del terrorista que quiere matar al presidente de un determinado país explotando una bomba en el avión en que él viaja.

Así, se afirma que, en relación al presidente, el agente tiene dolo directo de primer grado, mientras que en relación a las demás personas que están en el avión, tiene dolo directo de segundo grado, una vez que la muerte de ellas es consecuencia necesaria, aunque no deseada, para la muerte del presidente.

Sin embargo, con la tesis defendida en ese trabajo, en que se propugna que el elemento volitivo del dolo es consustanciado apenas por la intención, esa distinción entre dolo directo de primer y segundo grado pierde el sentido, puesto que, en verdad, está fundada en el concepto de deseo y no en el de intención⁷⁸⁴.

No es que no se exista diferencia entre las dos acciones. Lo que aquí se defiende es que no hay suficiente importancia en la diferencia entre esas dos clases de dolo, una vez que todo caso usualmente conocido como de dolo directo de segundo grado, en verdad, involucra también una situación de dolo directo de primer grado, es decir, involucra una acción intencional, en que hay una relación directa entre la acción y el resultado significativo.

Del mismo modo en que hay una relación inferencial directa entre el disparo con una pistola contra la cabeza de una víctima, hay una relación inferencial directa entre la explosión de una bomba en un avión con la muerte de los demás pasajeros, aunque no sean esas muertes el objetivo principal del autor, aunque esas muertes no sean deseadas.

En los dos casos hay intención anclada en una relación inferencial directa, aunque en el segundo caso, no exista un deseo referido a la muerte de las demás personas que están en el avión.

⁷⁸⁴ Sobre la adopción del concepto del elemento volitivo del dolo simplemente como intención, rechazándose, pues, conceptos como querer, intención y propósito, véase capítulo V, 3.

De tal manera, teniendo en cuenta que no se atribuye, en este trabajo, ninguna transcendencia conceptual a la idea de deseo en la caracterización del dolo, el concepto de dolo directo de segundo grado pasa a no tener ninguna utilidad, ya que resta absorbido por el concepto de dolo directo de primer grado. Como consecuencia, esa distinción entre primer y segundo grado simplemente pierde el sentido.

Sobre ese tema, VIVES ANTÓN también pone de manifiesto la pérdida de sentido en la conceptualización del dolo directo de segundo grado:

“En Derecho Penal, la existencia o inexistencia de deseo fundamentaría una diferencia – que, por cierto, no es generalmente admitida – entre dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado; pero, aún si se admite, esa es una diferencia conceptual que, en el Derecho penal continental, carece de cualquier repercusión sustantiva sobre la responsabilidad. Es la intención – no el deseo – lo que determina la atribución de responsabilidad prima facie.”⁷⁸⁵

Así, si el autor cometió el delito deseando o no el resultado, si el resultado le fue o no agradable, si lamentó el suceso, si se arrepintió de lo que pasó, como ya se ha dicho, todo ello es irrelevante para la caracterización del dolo⁷⁸⁶.

⁷⁸⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 243.

⁷⁸⁶ VIVES ANTÓN lanza, además, otra crítica: “Parcialmente, pues, lo que el autor sabe, así determinado, se une al querer que también se expresa en la acción. Pues el querer que da lugar a la responsabilidad no es, – no puede, al menos en Derecho Penal, ser – ninguna clase de sentimiento. Una responsabilidad que descansara básicamente en los sentimientos, como una responsabilidad cuyo fundamento esencial fuesen los deseos, implicaría un – inadmisibles – Derecho Penal del ánimo. Entonces ‘el querer, si no es una especie del desear, debe ser el actuar mismo’. El querer reside en la acción. En ella se expresa un compromiso de actuar – una intención –.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., pp. 252-253.

De tal manera, a partir del momento en que el deseo o propósito no tienen trascendencia en la concepción de dolo que aquí se defiende, pierde completamente el sentido realizar una diferenciación entre dolo directo de primer y de segundo grado, ante lo que esa segunda conceptualización debe ser abandonada, manteniéndose una concepción única de dolo directo.

4.3. Una propuesta para la comprensión del dolo eventual

En las teorías psicológicas sobre el dolo hay un problema que es casi una constante. La gran dificultad de los penalistas, que las mantienen, para cumplir el objetivo de compatibilizar un elemento volitivo en el concepto de dolo eventual, dada la complejidad que habitualmente se enfrenta en conformar la voluntad en relación a un resultado que normalmente no es propiamente querido.

En nuestra visión, sin embargo, esa tarea carece un poco de sentido. Ello porque, de acuerdo con lo que aquí se propone, lo relevante para la caracterización del dolo no es el querer el resultado. Lo que es aquí necesario es un compromiso con el resultado.

Ese compromiso puede estar caracterizado en situaciones de seguridad (dolo directo) y situaciones de duda (dolo eventual) con relación al resultado significativo de la acción.

De tal manera, la primera premisa fundamental para la comprensión del dolo eventual es que: El centro de gravedad del dolo eventual reposa en la duda.

Sin embargo, no es cualquier duda la que da lugar al dolo eventual: La duda que fundamenta el dolo eventual debe ser una duda razonada. Debe estar anclada en razones que la justifiquen. A fin de cuentas, como indaga WITTGENSTEIN: “¿No se necesitan razones para dudar?”⁷⁸⁷

⁷⁸⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., § 122, p. 125.

De tal manera, la existencia de una duda razonada *“debe presuponer un contexto suficientemente rico para que la duda sea efectiva”*⁷⁸⁸. Debe existir todo un contexto de lo cual emerja una situación de duda, en que el autor y terceros puedan constatar la referida situación con base en razones. La duda es, pues, intersubjetiva.

Además, sobre la duda razonada, véase lo que sostiene MIRANDA, fundamentado en WITTGENSTEIN:

“En Sobre la Certeza, Wittgenstein afirma con frecuencia que el hablante al decir ‘yo sé’ se compromete a ofrecer razones (Cf. DC §§ 40, 91, 175, 243, 484). Ello parece correcto. Por ejemplo, si nosotros planeamos viajar de vacaciones para Madrid y alguien dice saber cual es el horario del vuelo, parece bastante natural preguntarle: ‘¿Pero, cómo sabes?’. Además, su respuesta debe ser algo que podamos reconocer como una buena razón, pues si ella consustancia simplemente un disparate – si el hablante afirma por ejemplo, que él sabe cuál es el horario del vuelo para Madrid porque ha soñado con ciertos números – o si la respuesta no tiene ninguna credibilidad – si él afirma, por ejemplo que recibió la información de un niño –, luego admitiremos que él no sabía de nada, aunque, por casualidad, el horario que el afirmó saber realmente fuera el horario para el vuelo de Madrid.

Sobre ese compromiso de presentar razones, hay dos consideraciones que ahora me parecen importantes. En primer lugar, si el interlocutor tiene el derecho de pedir razones cuando el hablante afirma saber algo, éste no puede enunciar algo que, por principio, estaría exento de revisión y cuestionamiento por parte de terceros. Por tanto, el hablante no está en ninguna posición epistémica privilegiada para saber aquello que él afirma saber; él no está, por ejemplo, para relatar un estado psicológico al cual tendría un acceso privilegiado y respecto del cual nosotros todos deberíamos a principio admitir que él sería infalible.

⁷⁸⁸ MIRANDA, Sérgio. *Introdução*, op. cit., p. 55.

Además, una condición para el desarrollo del diálogo entre aquél que afirma saber y aquel que exige razones es la existencia de patrones comunes de justificación (Cf. DC § 18). Tanto el hablante como el interlocutor deben reconocer caso a caso lo que hay para ser justificado y lo que podría cumplir el papel justificador. Esa condición es claramente presentada en Sobre la Certeza cuando Wittgenstein describe situaciones en que el interlocutor no comparte con el hablante un sistema de creencias y por ello no puede siquiera entender las razones de este último de acuerdo con razones (Cf. DC §§ 92, 264, 609). Parece entonces que un grupo de personas que no comparta un sistema de creencias no tendrá igualmente un juego de lenguaje en el cual es legítimo demandar y ofrecer razones para ciertos enunciados.”⁷⁸⁹

Ahora merece la pena traer a la colación, algunos de esos pensamientos en que WITTGENSTEIN problematiza situaciones referidas a la duda razonada:

“255. La duda tiene algunas manifestaciones características, pero son características en algunas circunstancias. Si alguien dijese que duda de la existencia de sus manos, observándolas constantemente desde todos los ángulos, buscando convencerse de que no se trata de un espejismo ni nada parecido, no estaríamos seguros de si deberíamos decir que tal cosa era una duda. Podríamos describir su forma de comportarse similar a la duda, pero su juego no sería el nuestro.

(...)

260. Me gustaría reservar la expresión ‘Sé’ para los casos en los que se usa en el intercambio lingüístico normal.

261. En este momento no puedo imaginarme una duda razonable respecto de la existencia de la Terra durante los últimos cien años.”⁷⁹⁰

⁷⁸⁹ MIRANDA, Sérgio. *Introdução, op. cit.*, pp. 37-38.

⁷⁹⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza, op. cit.*, §§ 255, 260, 261, pp. 33-34.

En el mismo sentido continúa WITTGENSTEIN:

“322. ¿Qué sucedería si el alumno se negara a creer que esta montaña está en su sitio desde tiempo inmemorial?

Diríamos que no tiene ninguna razón en absoluto para esta desconfianza.

323. ¿De modo que la desconfianza racional debe tener una razón? También podríamos decir: ‘El hombre razonable cree esto.’”⁷⁹¹

De lo que afirma WITTGENSTEIN, se puede concluir que la duda razonada: (i) depende de las características circunstanciales e intersubjetivas de la acción, no pudiendo ser simplemente una duda subjetiva o privada del autor y (ii) nace dentro de un contexto de intercambio lingüístico normal, de acuerdo con los estándares prácticos de nuestra sociedad, es decir, es una duda que genera una desconfianza racional que emana de nuestra razón práctica.

Además, es importante advertir que toda nuestra vida cotidiana depende de que no se dude de todo, una vez que para jugar los juegos de lenguaje es preciso confiar en algo. Como afirma VIVES ANTÓN, también con base en WITTGENSTEIN, queda claro: *“(...) que la duda presupone la certeza, que la duda que duda de todo carece de sentido y no es ni siquiera una duda y que, para jugar cualquier juego de lenguaje (y, por lo tanto, para conversar, discutir, argumentar, etc.) es preciso confiar en algo.”*⁷⁹²

⁷⁹¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*, op. cit., §§ 322, 323, p. 41.

⁷⁹² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Estudio preliminar*, op. cit., p. 39. Sobre la duda y la certeza, VIVES ANTÓN, también, afirma lo siguiente: *“Para Wittgenstein hay, en primer término, dudas que no son tales: así, v.g., las dudas que dudan de todo, que no son ni siquiera dudas, pues el juego de la duda presupone la certeza: De modo que v.g. una duda acerca de si el hombre es libre no sería una duda razonable desde la perspectiva del canon que comentamos: ante un Tribunal no podría aducirse como defensa la duda genérica respecto a la libertad del hombre, que la mera existencia*

Así, es posible llegar a la segunda y más importante premisa fundamental para la comprensión de lo que aquí se defiende sobre el dolo eventual: Para la caracterización del dolo eventual, debe existir un pronóstico positivo, pero intersubjetivamente dudoso.

De tal manera, son tres las características del pronóstico que da lugar al dolo eventual: (i) es positivo; (ii) es dudoso y (iii) es intersubjetivo.

El pronóstico es positivo, pues indica positivamente la potencialidad de que sobrevenga el objeto de la duda del autor (a la continuación serán explicadas las dos situaciones que pueden ser objeto de duda en el dolo eventual). El pronóstico positivo genera una desconfianza de que algo existe o algo va acaecer.

El pronóstico es dudoso, puesto que no es seguro. Así, existe una duda razonada en el pronóstico, que se impone en el contexto de la acción.

Por fin, el pronóstico es intersubjetivo, pues está anclado en criterios públicos, en que el agente y terceros puedan constatar la existencia de una

de la institución del Tribunal supone ya establecida más allá de toda duda. De modo que una duda genérica acerca de la libertad del hombre 'dudaría de todo', en el sentido de que pondría en duda la existencia misma del Tribunal que es un momento básico de nuestra forma de vida.

Pero, hay también enunciados cuya puesta en duda es imposible por razones lógicas: la duda conduce, en tales casos, al sinsentido. Tal sucede con los enunciados formados con verbos psicológicos en primera persona o con los que expresan una experiencia inmediata y presente. Así, no puedo decir (son sinsentidos) 'no sé si pienso' o 'ahí delante hay un árbol; pero lo dudo'.

*Mas, junto a esas dudas que no tienen sentido y a esos enunciados de los que es lógicamente imposible dudar, hay otros que forman parte del lecho rocoso sobre el que se asienta nuestro lenguaje en un momento dado. Si el juego que llamamos lenguaje es posible, lo es gracias a que damos por sentadas – las tenemos por banales – una serie de afirmaciones que sirven de referencia a las demás. Ese conjunto, ese lecho que encauza el flujo de nuestro lenguaje, es, ciertamente, variable. Pero, mientras permanezcan en él, los enunciados que lo conforman están 'más allá de toda duda razonable', esto es, que 'parecen yacer en el fondo de toda pregunta y todo pensamiento'. Y eso quiere decir que la duda no está lógicamente descartada; pero que están por encima de toda duda real. Son enunciados que damos por absolutamente seguros, pues sobre su entramado se asienta el sentido de todos nuestros juicios: v.g., 'estamos en el mes de junio', 'la tierra tiene más de cien años', etc..." VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., pp. 884-885.*

duda razonada. Por ello, se puede decir que la duda no es subjetiva, no es privada, sino que intersubjetiva y pública.

Precisamente en ese sentido no subjetivista que MIRANDA razona, con base en WITTGENSTEIN, que:

*“(...) dudar de una proposición cualquiera no depende sin más de la voluntad individual; alguien llega a dudar solamente cuando inserta sus exteriorizaciones de duda en un estándar de comportamiento regular y normal de un grupo. Además, dudar es una actitud dependiente de contextos; por tanto, para existir una duda efectiva y epistemológicamente relevante, determinadas proposiciones que describirían ese contexto deben estar fuera de duda.”*⁷⁹³

Además, esa duda razonada nace dentro de un contexto de intercambio lingüístico normal, de acuerdo con los estándares prácticos de nuestra sociedad, en que la razón práctica señala claramente una situación de duda anclada en buenas razones.

Es importante consignar, todavía, que, en nuestras formas de vidas, esa duda razonada, puede estar referida a varias situaciones.

Específicamente para la caracterización del dolo eventual, la duda razonada debe estar referida dos situaciones distintas, que son precisamente las dos formas de manifestación del elemento cognitivo del dolo (que son “los objetos” de la duda en el dolo eventual): (i) La duda razonada puede estar referida a algún de los elementos del tipo objetivo a respecto del cual el sujeto debe tener conciencia (el saber que), es decir, debe existir un pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso indicando, generando una desconfianza en el sentido de la presencia del referido elemento del tipo; o (ii) puede estar referida a la cualidad de la predicción ofrecida por las técnicas que el agente domina (el saber como), es decir, debe existir un pronóstico positivo

⁷⁹³ MIRANDA, Sérgio. *Introdução, op. cit.*, p. 56.

intersubjetivamente dudoso indicando que el resultado significativo previsto en el tipo penal tiene la potencialidad de concretizarse, caso el agente realice la acción.

De tal manera, aquí se propone diferenciar el estudio del dolo eventual de acuerdo con los dos usos de la palabra conocimiento, el saber que (conciencia de las circunstancias de la acción) y el saber como (dominio de una técnica). Es lo que haremos a seguir.

a) El dolo eventual referido a la conciencia de la acción

La primera perspectiva del dolo eventual – y la más novedosa – que aquí se propone trata de la modalidad de dolo eventual en que hay un pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso sobre la existencia de algún de los elementos del tipo que deben ser objeto del dolo. Se trata, pues, del dolo eventual referido a la conciencia de la acción (y sus circunstancias), que será explicado a continuación.

Como se ha visto, la imprescindibilidad de la existencia de un elemento cognitivo en el concepto de dolo – comprendido como conciencia sobre la acción y sus circunstancias – es considerada casi como uno de los pocos puntos de consenso en las teorías del Derecho penal.

Sin embargo, en este trabajo, pretendemos matizar un poco esa afirmación tan tajante, ya que la concepción de dolo que aquí se adopta – de dolo como compromiso – en determinadas circunstancias, no involucra necesariamente la exigencia de un conocimiento pleno de todas las circunstancias de la acción.

Inicialmente, se debe tener en cuenta que es cierto que la cara opuesta al conocimiento es el error de tipo⁷⁹⁴ o la ignorancia⁷⁹⁵, es decir, si el agente

⁷⁹⁴ Como afirma BUSATO: “La ausencia de tal conocimiento es justamente lo que representa el error.” BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral, op. cit.*, p. 413. Así, también, MUÑOZ CONDE: “La vertiente negativa del elemento intelectual del dolo es el error (que también contiene a la

desconoce algún de los elementos del tipo objetivo, quedará excluido el dolo⁷⁹⁶.

Sin embargo, entre los casos de ignorancia y de error, que dan lugar a la ausencia de dolo, y los casos de plena conciencia sobre los elementos del tipo objetivo, es posible identificar algunos casos en que se constata una situación intermedia, muchas veces ignorada por la doctrina.

Así, existen algunos casos en que el agente no ignora, pero tampoco conoce plenamente, algún de los elementos del tipo objetivo.

En ese sentido, basta ver los casos en que el agente, a pesar de no conocer alguna de las circunstancias de la acción, referidas al tipo penal, se encuentra en un contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que genere una evidente desconfianza de que la circunstancia que el autor no conoce se hace presente.

ignorancia), que da lugar a que el dolo no exista, determinando, en su caso, la existencia de imprudencia si se dan los elementos conceptuales de ésta.” MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General, op. cit., p. 269.

⁷⁹⁵ Sobre el error y la ignorancia, véase lo que razonan VIVES ANTÓN y COBO DE ROSAL: *“Hablamos de error allí donde se actúa bajo una idea que no se corresponde con la realidad. Por consiguiente, debemos afirmar que, conceptualmente, la ignorancia no es enteramente identificable con el error: la ignorancia es ausencia de conocimiento, mientras que el error es conocimiento equivocado y, por tanto, falso. La ignorancia, así expresada, tiene tan sólo un carácter negativo, en tanto que el error encierra algo positivo, desde el momento en que implica un cierto, aunque equivocado, conocimiento. No obstante lo anterior, es claro que todo error supone ignorancia porque quien yerra desconoce, total o parcialmente, el objeto de conocimiento. Pero no todo el que ignora yerra a su vez: puede existir ignorancia sin error.”* COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal, Parte General, op. cit., p. 659.* JAKOBS también afirma que: *“Obviamente ni toda ignorancia es un caso de error!”* JAKOBS, Günther. *Gleichgültigkeit als dolus indirectus, op. cit., p. 588.*

⁷⁹⁶ En ese sentido, señala MUÑOZ CONDE: *“(…) el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo.”* MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General, op. cit., p. 275.*

En ese sentido, existen incluso casos en que el autor, a pesar de ese contexto de duda intersubjetiva, deliberadamente opta por mantenerse en un estado de ignorancia sobre los hechos.

Imagínese, por ejemplo, una persona que es contratada por US\$ 30.000,00 (treinta mil dólares) para recoger un coche en Tijuana (Mex) y llevarlo hasta San Diego (EUA). O de Ciudad del Este (PY) hasta San Pablo (Bra).

La referida persona acepta el contrato informal y, al recoger el coche, en el local señalado, se limita a sentarse en él y conducir, sin mirar siquiera lo que había en el maletero o en otras partes del coche.

Las circunstancias de la acción, con nuestra forma de vida como trasfondo, generan una innegable situación de desconfianza intersubjetiva, de duda razonable en el sentido de que había una gran cantidad de drogas en el auto, una vez que nadie paga un valor tan elevado para un simple transporte de coche y, además, toda gente sabe que esa frontera entre EUA y México, o Paraguay y Brasil, son mundialmente famosas por ser utilizadas como rutas de tráfico de drogas.

Desde un punto de vista estricto, no se puede decir que el agente sabía lo que había en el coche. Es evidente, sin embargo, que existía en el caso un contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que generaba una desconfianza que indicaba la existencia de drogas en el vehículo.

Del mismo modo, imagínese un terrorista que, en un gran concierto en un parque, sale con un fusil efectuando disparos y, de repente, mira en contra una línea de baños químicos, abriendo fuego contra ellos, aunque sin saber si efectivamente había alguien o no dentro de ellos.

Se descubre después que, en virtud de esos disparos, mueren cinco personas que estaban en los baños.

Desde el punto de vista exclusivamente cognitivo, el terrorista no sabía si había alguien dentro de ellos, pero, el concreto contexto de la acción, en un concierto con muchas personas, en que usualmente hay gente en el WC,

no se puede negar la existencia de un pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que generaba una desconfianza indicando que había gente que podía ser muerta por los disparos⁷⁹⁷.

Se constata en todos esos casos la existencia de un contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que generaba una seria desconfianza referida a la existencia de alguno de los elementos del tipo objetivo, que el agente desconocía.

Así, si el agente, a pesar de ese contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, realiza intencionalmente la acción, innegablemente, acaba por asumir un compromiso lingüístico con el resultado significativo que fue inferido de la acción.

Por consiguiente, al intencionalmente actuar en esos casos de duda razonada, el autor acaba por vincularse normativamente con el significado de su acción, cumpliendo, pues, el requisito necesario para fundamentar la existencia de una acción dolosa, una vez que ha expresado un compromiso con ese resultado.

Aquí hay compromiso porque el agente llama para sí la responsabilidad por el potencial resultado, que es inferido de la situación de duda razonada. Es decir, el hecho de que el agente se encontrar en una situación de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso no fue motivo suficiente para impedirle de realizar la acción. Y no se lo impide precisamente porque el autor está comprometido con el potencial resultado significativo inferido.

Evidentemente que, como ya hemos señalado en este trabajo, no es cualquier duda sobre los elementos del tipo objetivo que autoriza la caracterización de esa clase de dolo eventual. Deben existir buenas razones

⁷⁹⁷ En sentido similar es el ejemplo citado por GRECO: *"Piénsese, también, en el caso en que alguien que acaba de hacerse un examen para detectar si es o no portador de una enfermedad contagiosa decide no abrir el sobre con el resultado del examen y sin conocer con seguridad el peligro que representa, termina contagiando a un tercero."* GRECO, Luís. *Comentario al artículo de Ramón Ragués, op. cit.*, p. 68.

que lleven a una desconfianza, a una duda indicando la existencia de algún elemento del tipo objetivo que el autor desconoce. En suma, es necesario que se esté delante de un contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso.

Por otro lado, no existiendo razones para desconfianza no queda caracterizado el dolo eventual referido a la conciencia de la acción. Así, por ejemplo, no hay razón alguna para dudar de que, cuando salgo de casa todos los días por la mañana para trabajar, existan drogas escondidas en mi coche, con lo que no se puede afirmarse la existencia de dolo eventual caso alguien, al huir de la policía, tenga escondido drogas en el parachoques de mi auto que estaba aparcado en la calle.

Del mismo modo, en situaciones normales, no hay razón para dudar que cuando el operario de una industria pone a funcionar una turbina, exista alguien allí dentro. Así, no existe dolo eventual de matar en caso de que exista un fugitivo escondido es la referida turbina, que muera en virtud del funcionamiento haber prendido la maquina por la mañana.

Como ya se ha dicho, para que se pueda vivir hay que confiar en algo, hay que confiar en los estándares prácticos de nuestra sociedad. Y si sé que no hay motivos para desconfiar de esos estándares prácticos, no se tiene una duda razonada.

Sin embargo, hay casos, como los narrados en los ejemplos arriba, en que una duda razonada se impone en un determinado contexto, señalando muy claramente la existencia de algún elemento del tipo objetivo, que el autor desconoce.

Por lo tanto, en los casos en que, aunque el agente no tenga efectiva conciencia de todas las circunstancias de la acción previstas en el tipo penal, exista un contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que genere una desconfianza de que el referido elemento exista, y, a pesar de ese pronóstico intersubjetivo, el agente acaba por actuar intencionalmente actuar, queda evidente la presencia de un compromiso del autor con el resultado delictivo, con lo que es posible afirmar que actuó con dolo eventual.

De tal manera, las referidas situaciones, que son excepcionales están abrigadas, también, por el concepto de dolo eventual que aquí se propone.

En sentido similar, también, se manifiestan VIVES ANTÓN y COBO DEL ROSAL:

“Distinta del error y de la ignorancia es la duda (STS 14 de noviembre de 1997, f.j. 7º). En la duda el sujeto se halla incierto, de forma más o menos alternativa, sobre la verdad de dos o más representaciones diferentes, una de las cuales ha de ser verdadera, (pues si toda fuesen falsas estaríamos ante un caso de error). La duda difiere del conocimiento positivo y actual, pero no se identifica con el error: ‘hasta que el conflicto se resuelve, es evidente que no puede decirse que el sujeto haya conocido una cosa en total o parcial desacuerdo con la realidad y, por ello, que se halle en error’.

*El tratamiento jurídico de los casos de duda ha de resolverse conforme a las exigencias generales derivadas de la estructura que se otorgue al dolo y a la imprudencia y, especialmente, al dolo eventual.”*⁷⁹⁸

La propuesta que aquí se defiende no llega a ser extraña y, en verdad, es bastante intuitiva y justa.

ROXIN, por ejemplo, aboga la configuración del dolo eventual para situación equivalente (aunque hable de representación de la posibilidad), afirmando que:

⁷⁹⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 660. En nota, también, continúan los autores: “La regla general, en la solución de los casos de duda, será la apreciación de dolo eventual. En efecto: si el autor tiene una duda de hecho, v.g., a la hora de efectuar un disparo, acerca de si el blanco elegible es una pieza de caza o un hombre y, a pesar de ello, dispara, asumiendo cualquiera de las dos posibilidades, no cabe duda de que si el blanco era, en definitiva, un hombre, que ha resultado muerto a consecuencia del disparo, se ha cometido un homicidio con dolo eventual.” COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 660

“(…) es suficiente para el conocimiento la representación de que el propio actuar conducirá posiblemente a la realización de un tipo. El conocimiento sólo falta por tanto cuando quien actúa no ha incluido en absoluto en su representación un elemento del tipo.

Así pues, quien p.ej. no se da cuenta de que el supuesto espantapájaros sobre el que dispara es una persona no actúa con dolo. A quien en cambio duda de si tiene delante de sí una persona o un espantapájaros, pero se aventura (lo deja al azar) y dispara a pesar de todo, se le castiga por delito doloso según el § 212, si el objeto era una persona y resulta muerta.”⁷⁹⁹

En el mismo sentido viene ya, desde hace algún tiempo, decidiendo el Tribunal Supremo y otros juzgados españoles, aunque apoyándose en la teoría de la ceguera deliberada⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, op. cit., p. 458. En sentido similar, en que se admite el dolo (aunque defiende que se trata de dolo directo de primer grado), en casos de ignorancia, véase lo que sostiene MUÑOZ CONDE: “En los atentados indiscriminados (bomba en un gran centro de compras, en una oficina pública o en un edificio céntrico), las muertes que puedan producirse, aunque el sujeto no sepa a priori el número de muertes que puede ocasionar su atentado, deben incluirse mejor en el dolo directo de primer grado (atentado terrorista en Hipercor, en Barcelona en 1989; ataque a las Torres Gemelas de Nueva York, el 11 de septiembre de 2001; atentado en Madrid el 11 de marzo de 2004).” MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 270. Así, también, GRECO quien rechaza la necesidad del uso de la teoría de la wilful blindness: “ (...) la mayor parte de los presuntos casos de ignorancia deliberada son casos en los que o bien no existe tal ignorancia, y si la acción que inmediatamente realiza el tipo es practicada con conciencia de la posibilidad de un riesgo, lo que es suficiente para el dolo eventual; o bien en que la posterior ignorancia es resultado de una situación anterior de conocimiento, de modo que el comportamiento previo justificará la responsabilidad por dolo, según los principios de la autoría mediata /de la actio libera in causa / del delito a distancia. Ya sea por vía directa o por vía indirecta, existe aquí dolo eventual y no ignorancia.” GRECO, Luís. *Comentario al artículo de Ramón Ragués*, op. cit., p. 70.

⁸⁰⁰ Cf.: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, op. cit., pp. 22 y ss. Además, idea similar es adoptada por el artículo 30, 3, del Estatuto de Roma, que trata del elemento de intencionalidad, al prever que: “A los efectos del presente artículo, por ‘conocimiento’ se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el

En verdad, lo que se percibe es que la teoría de la ceguera deliberada viene ganando fuerza con el objetivo de superar algunas aparentes lagunas que la doctrina penal continental deja al no explicar las distinciones entre los casos de conocimiento, duda e ignorancia. Es decir, consideramos que, al no tratar la doctrina continental específicamente los supuestos de duda razonada, muchos operadores del Derecho penal se ven ante una situación de clara injusticia, principalmente en los casos en que el propio agente deliberadamente se pone en situación de ignorancia sobre los hechos, y por ello acuden a la mencionada teoría.

Sobre esta teoría, véase lo que señala RAGUÉS I VALLÈS:

“La doctrina de la ignorancia deliberada proviene del Derecho penal angloamericano, donde se la conoce desde hace más de un siglo como la teoría

curso normal de los acontecimientos.” Acerca de tal aplicación, BADAR sostiene que: *“(…) al definir conocimiento como ‘conciencia de que existe una circunstancia’, el artículo 30 (3) limita el significado del conocimiento a un ‘conocimiento actual’, en oposición a un ‘conocimiento potencial’. Incluso el conocimiento con ‘alta probabilidad’ acerca de la existencia de determinados fatos no pasa en el test de culpabilidad del artículo 30. Hay, pues, una razón para cuestionar si la doctrina de la ‘ceguera deliberada’ o ‘del deliberadamente cerrar los ojos ante lo evidente’ satisface el límite del dolo de lo artículo 30 (3). La respuesta puede ser afirmativa si la doctrina es comprendida en el sentido de ser aplicada solamente a situaciones en que el agente esta virtualmente seguro de la existencia de los hechos (...).”* BADAR, Mohamed Elewa. *The Mental Element in The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary from a Comparative Criminal Law Perspective*. Criminal Law Forum (2008), Volume 19, Issue 3, p. 496. Además, en lo que toca a la responsabilidad de los jefes y superiores por crímenes de guerra, en el artículo 28, b, i), consigna expresamente: *“b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”*. Sobre la transposición de normas del Estatuto de Roma para el Derecho penal español, cf.: GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma*. Revista Penal n. 16, Madrid, La Ley, 2005.

de la 'willful blindness' (literalmente, "ceguera intencionada"). En términos generales esta doctrina viene a sostener la equiparación, a los efectos de atribuir responsabilidad subjetiva, entre los casos de conocimiento efectivo de los elementos objetivos que configuran una conducta delictiva y aquellos supuestos de desconocimiento intencionado o buscado con respecto a dichos elementos. Tal equiparación se basa en la premisa de que el grado de culpabilidad que se manifiesta en quien conoce no es inferior a la de aquel sujeto que, pudiendo y debiendo conocer, prefiere mantenerse en la ignorancia."⁸⁰¹

En nuestra opinión, sin embargo, es innecesaria la invocación de la teoría de la ceguera deliberada. Además, parece, también, bastante problemática la presunción de conocimiento que ella propone con relación a situaciones en que no hay efectivamente conocimiento, máxime desde la perspectiva del principio de la presunción de inocencia. En otras palabras, no

⁸⁰¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*. En *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, ADPE, 2 (2012), p. 170. También sobre el tema afirma WILLIAMS que: "Una Corte puede reconocer la ceguera deliberada (wilful blindness) solo cuando se puede casi decir que el acusado realmente lo sabía. Él sospechaba del hecho; él se dio cuenta de su probabilidad; pero él ha se abstenido de obtener la confirmación final, puesto que quería, en el caso, ser capaz de negar el conocimiento. Esto y sólo esto, es ceguera deliberada." WILLIAMS, Glanville. *Criminal Law: The General Part*. 2a ed., London: Stevens & Sons Ltd, 1961, p. 159. Sobre el tema, DRESSLER explica, aunque no exista consenso, normalmente los requisitos para el wilful blindness están presentes cuando el autor: "(1) es conciente de la alta probabilidad de la existencia del hecho en cuestión, y (2a) actúa deliberadamente en el sentido de evitar la confirmación del hecho, o (2b) deliberadamente deja de investigar con el objetivo de evitar la confirmación del hecho." DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*, op. cit., p. 128. En ese sentido, también, en *Mattingly v. United States*, se decidió que "el elemento del conocimiento puede ser inferido de actos deliberados que equivalen a la ceguera deliberada." *Mattingly v. United States*, 924 F.2d 785, 792 (8th Cir. 1991). Véase que el *Model Penal Code* de los EUA prevé expresamente la figura del wilful blindness, en su párrafo 2.02(7), que dispone: "Cuando el conocimiento de la existencia de un determinado hecho es un elemento de un delito, tal conocimiento se establece si una persona es consciente con una alta probabilidad de su existencia, a menos que él realmente cree que no existe."

parece adecuado en nuestro sistema jurídico decir que una persona conoce algo, cuando, en verdad, no lo conoce.

Sin embargo, nuestro sistema, al contrario de lo que tradicionalmente se cree, sí da cuenta de dar una respuesta adecuada para ese tipo de casos.

Ello porque, como se ha visto, la idea de dolo, que aquí se propone, no exige, necesariamente, una situación de pleno conocimiento⁸⁰². Lo que es necesario para su caracterización es una intención referida a la acción y al resultado, caracterizando, así, un compromiso lingüístico.

Así, a los casos de dolo eventual referido a la conciencia de la acción son perfectamente aplicables las hipótesis en que normalmente se utiliza de la teoría de la ceguera deliberada, una vez que esos casos de duda positiva intersubjetivamente razonada, coinciden con muchos de los supuestos en que se aplica la referida teoría.

Generalmente, en las situaciones de ceguera deliberada, es perfectamente posible afirmar que había un contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que generaba una desconfianza de que determinado elemento del tipo objetivo se hacía presente, con lo que se puede constatar un compromiso del agente con el resultado significativo, caracterizando, pues, un supuesto de dolo eventual.

Ello no significa, sin embargo, que aquí se esté por defender la necesidad de un conocimiento presumido, como propone la teoría del *wilful blindness*. No, lo que se defiende es que el conocimiento, en determinados contextos, puede ser inferido con base en un pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso. Y ello es suficiente para apreciar la configuración de una asunción del compromiso con el resultado.

⁸⁰² En ese sentido, también, afirma FEIJOO para quien en el ordenamiento jurídico español, para la caracterización del dolo eventual, “no es necesario un conocimiento fuera de toda duda” FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*. En Indret: Revista para el Análisis del Derecho, n. 3, 2015, p. 18.

Además, regresando al tema de la *wilful blindness doctrine*, cumple informar que ciertos autores, como RAGUÈS I VALLÈS, trabajan con algunos elementos para la identificación de los supuestos de ignorancia deliberada, tales como, la ausencia de representación suficiente, la disponibilidad de la información ignorada, el deber de conocimiento, la decisión de permanecer en la ignorancia respecto de una determinada información y la motivación que ha llevado al sujeto en mantenerse en su estado de ignorancia⁸⁰³.

En consecuencia, RAGUÈS I VALLÈS concluye que:

*“La concurrencia de esos tres elementos – sospecha previa, persistencia de la decisión y persecución de beneficios sin asunción de riesgos propios y evitación de responsabilidades – permite describir situaciones en las que concurre un grado de indiferencia del sujeto ante el interés lesionado que merece ser cualificada como grave y suscita una necesidad de pena desde luego no inferior a la propia de los casos de dolo eventual.”*⁸⁰⁴

A pesar de la relevancia de los aludidos parámetros, que, sin duda, tienen la importante función de servir como criterio para la verificación del dolo eventual fundado en la inferencia del conocimiento de las circunstancias, entendemos que los mismos no son determinantes para la caracterización de esa modalidad de dolo eventual, una vez que hay casos en que los referidos indicadores no están presentes, pero, aun así, se está ante un caso de dolo eventual, como se puede ver de algunos ejemplos citados arriba.

⁸⁰³ Cf.: RAGUÈS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, op. cit., pp. 182 y ss. SIMESTER y SULLIVAN sostienen que hay dos situaciones en que se debe aplicar la doctrina del *wilful blindness*: “La primera es cuando el acusado cierra los ojos y deja de investigar [los hechos], una vez que esta virtualmente seguro cuál será la respuesta.(...) Alternativamente, la doctrina del *wilful blindness* también se aplica si los medios de conocimiento están fácilmente a la mano y [el agente] se da cuenta de la probable verdad del hecho, pero se abstiene de investigar con el objetivo de no saberlo.” SIMESTER, A.P; SPENCER, J.R.; SULLIVAN, G.R.; VIRGO, G.J. *Simester and Sullivan’s Criminal Law*, op. cit., p. 150.

⁸⁰⁴ Cf.: RAGUÈS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, op. cit., p. 187.

En suma, de acuerdo con la tesis aquí defendida, existe dolo eventual cuando se esté en un contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que genere una desconfianza de que algún elemento que el autor desconoce esté presente.

En esos casos, si el autor realiza intencionalmente la acción juega con la suerte de los bienes jurídicos ajenos⁸⁰⁵. Así, claramente reivindica el resultado significativo como obra suya, asumiendo, pues, la responsabilidad por él.

Es importante, sin embargo, dejar bien claro que el dolo eventual comprendido desde la duda razonada sobre el conocimiento de la acción no puede ser banalizado. No puede ser utilizado para abarcar situaciones típicas de imprudencia⁸⁰⁶.

Por consiguiente, esa caracterización del dolo eventual como asunción de un compromiso lingüístico con el resultado significativo debe estar siempre demostrada en los casos concretos, *“más allá de toda la duda razonable”*⁸⁰⁷, de modo que el contexto y las circunstancias deben indicar

⁸⁰⁵ RAGUÉS I VALLÈS llega a conclusión semejante, aunque desde otro paradigma y perspectivas: *“(…) el sujeto que realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que, pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades, muestra un grado de indiferencia hacia el interés lesionado no inferior al del delincuente doloso-eventual y, en términos preventivos, merece la misma pena.”* RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, op. cit., pp. 192-193.

⁸⁰⁶ A fin de cuentas, el dolo involucra un compromiso con el significado, la imprudencia no, puesto que solamente constituye una mala aplicación de las reglas de los juegos de lenguaje y que redundan en un resultado delictivo.

⁸⁰⁷ En ese sentido VIVES ANTÓN afirma: *“Todo dolo – y toda culpa – pasan, en cierto modo, a situarse ‘in re ipsa’.* Y no se trata de buscar criterios que identifiquen los estados psíquicos a los que uno y otra responden, sino de recurrir a procedimientos que sitúen las atribuciones de intención – o los defectos de intención – que se proyectan sobre el autor ‘más allá de toda duda razonable’ (esto es, que respeten las exigencias de la presunción de inocencia).” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 262. Además, es de advertir, como lo hacen

claramente una situación de evidente desconfianza en relación a algún de los elementos del tipo penal. Es precisamente esa situación clara la que permitirá afirmar que el autor, al realizar intencionalmente la acción, manifiesta un compromiso con el resultado delictivo.

Así, parece ineludible reconocer la existencia y legitimidad del dolo eventual comprendido desde la duda razonada sobre las circunstancias de la acción, una vez que claramente revela un compromiso del autor con el elemento en cuestión, cumpliendo, pues, con los requisitos políticos-criminales que informan la adopción de esa concepción⁸⁰⁸.

En resumen, para la caracterización del dolo eventual referido a la conciencia de la acción, deben estar presentes los siguientes requisitos:

a) pronóstico positivo: el contexto de la acción debe indicar positivamente la presencia de algún elemento del tipo objetivo que el agente desconoce. Es decir, el contexto de la acción debe (intersubjetivamente) autorizar una previsión, una anticipación de que el elemento desconocido efectivamente exista.

b) pronóstico dudoso: el pronóstico no debe ser seguro, sino que dudoso. Así, el agente intersubjetivamente prevé la existencia del elemento del tipo, pero de modo (razonadamente) dudoso. No se tiene certeza o conocimiento de la existencia del elemento del tipo objetivo, pero se tiene fundadas sospechas de que existe.

c) pronóstico y duda razonados: tanto el pronóstico cuanto la duda deben ser razonados, deben estar anclados en el contexto y en las formas de vida en que la acción fue realizada. El pronóstico y la duda son intersubjetivos y fundados en una razón práctica.

SIMESTER y SULLIVAN, al hablar de la teoría de la ceguera deliberada, que: *"Debe ser enfatizado que la wilful blindness es una doctrina de naturaleza sustantiva y no de naturaleza probatoria."* SIMESTER, A.P; SPENCER, J.R.; SULLIVAN, G.R.; VIRGO, G.J. *Simester and Sullivan's Criminal Law, op. cit.*, p. 151. Esa misma advertencia vale para el dolo eventual referido a la conciencia de la acción defendido en esta tesis.

⁸⁰⁸ Sobre tales requisitos, confíerese el capítulo II, 2.

d) intención referida a la acción, que se proyecta al resultado significativo (significado): el agente debe expresar la pretensión de realizar la acción que sirvió de base para el pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso manifestado. Esa intención se proyecta, también, al significado delictivo, ya que, al decidir realizar la acción, pese al pronóstico positivo, su intención incluyó en su espectro la potencialidad de la existencia del elemento que desconocía y, como consecuencia, la potencialidad de la realización del resultado delictivo inferido. De tal manera, el sujeto jamás podrá afirmar que, la existencia del elemento del tipo que desconocía, pero sospechaba existir, fue algo no intencional, fue algo que derivó de la casualidad. Ello porque, a pesar del pronóstico que proyectaba la existencia del referido elemento, intencionalmente actuó.

e) compromiso con el significado: ante el referido pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso el agente intencionalmente realiza la acción que proyecta esa previsión. Con ello, asume la responsabilidad normativa por los resultados de su acción. Así, manifiesta un compromiso con el resultado significativo.

De tal manera, se puede afirmar que el dolo eventual referido a la conciencia de la acción depende de la existencia de un pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso que indique la existencia de algún elemento del tipo objetivo que el agente desconoce. Además, el agente intencionalmente realiza la acción que proyecta la previsión del resultado. Todo ello dejando clara la existencia de un compromiso del autor con el significado de su acción.

b) El dolo eventual comprendido desde el dominio de una técnica

La otra modalidad de dolo eventual que aquí se propone se refiere al dolo eventual comprendido desde la perspectiva del dominio de una técnica. En verdad, esa clase de dolo eventual es caracterizada por los casos en que tradicionalmente los penalistas describen como de dolo eventual.

Lo que se intentará hacer aquí, sin embargo, es justamente presentar una nueva perspectiva para ese ya conocido caso de dolo eventual, que, en nuestra opinión, no ha recibido todavía por la doctrina tradicional una solución suficientemente satisfactoria.

Como ya se ha afirmado, el dominio de una técnica habilita a las personas a realizar predicciones y esas predicciones pueden ser de distintas cualidades, es decir, predicciones con altísimo grado de certeza, hasta predicciones que llegan al estado de la duda.

Como, también, ya hemos consignado, el fundamento central del dolo eventual es la existencia de una duda razonada, de un contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso.

En el caso del dolo eventual comprendido desde el dominio de una técnica, el contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso indica que, genera una desconfianza de que, el resultado lesivo previsto en el tipo penal tiene la potencialidad de ocurrir, en caso de que el autor intencionalmente realice la acción.

Aquí, el pronóstico positivo dudoso, como hemos visto, depende de criterios públicos e intersubjetivos, no pudiendo derivar de una visión subjetiva y privada del autor. Además, como también ya se ha afirmado, el pronóstico es evaluado de acuerdo con un contexto de intercambio lingüístico normal, visto desde los estándares prácticos de nuestra sociedad⁸⁰⁹.

⁸⁰⁹ Referidos estándares pueden estar, por ejemplo, referidos a los siguientes parámetros, en que el autor debe verificar: (i) la naturaleza del juego de lenguaje que se juega, si él permite un alto grado de seguridad o se ofrece solamente duda; (ii) el nivel de dominio que el agente tiene de la técnica relacionada al juego de lenguaje; (iii) la capacidad específica del agente en el momento de la acción, para saber si, por ejemplo, la embriaguez o el uso de drogas no anularán el dominio de la técnica; (iv) el específico contexto de su acción y (v) muchos otros parámetros que pueden ser extraídos del caso concreto. Todo ello teniendo como telón de fondo el particular sistema de referencia lingüístico en que está entrañada la acción. En suma, como afirma VIVES ANTÓN, *"la exactitud requerida en cada caso depende de la actividad de que se trate"*. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Estudio preliminar, *op. cit.*, p. 19. La referida

Así, en el dolo eventual existe una relación inferencial eventual (previsibilidad intersubjetiva con grado de duda) entre la acción y el resultado. En otras palabras, la concretización del resultado significativo en el dolo eventual no depende solamente de la técnica que el agente domina y efectivamente emplea en la acción, una vez que ésta es insuficiente para asegurar la concreción de determinado resultado.

Por consiguiente, el resultado depende también de otras variables que pueden concurrir o no, pero, aún así, el agente intencionalmente pone en marcha la acción que tiene una relación inferencial eventual con el resultado significativo.

En esa clase de dolo eventual, como ya afirmado anteriormente, hay compromiso porque el agente llama para sí la responsabilidad por el potencial resultado, que es inferido de la situación de duda razonada. Es decir, el autor asume una vinculación moral, un encargo normativo respecto del resultado significativo.

Lo que se constata en esa clase de dolo eventual es que el hecho de que el autor esté delante de un pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso no le impide de realizar la acción. Y no lo impide precisamente porque el agente está comprometido - decide asumir la responsabilidad - con el potencial resultado significativo inferido.

Así, el agente intencionalmente juega con la suerte de los bienes jurídicos ajenos y, como afirma VIVES ANTÓN, *“si juega, se halla comprometido con la posibilidad de perder: esa posibilidad (perder) forma parte de su intención.”*⁸¹⁰

Una vez puesta de manifiesto la existencia, también, de un compromiso en esos casos, es importante diferenciar el dolo directo del eventual.

afirmación es inspirada por WITTGENSTEIN. En ese sentido, confiérase: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, op. cit., §89, p. 101.

⁸¹⁰ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 255.

La diferencia fundamental entre dolo directo y dolo eventual reposa en la disyuntiva entre pronóstico positivo con certeza (dolo directo) y pronóstico positivo con duda razonada (dolo eventual) sobre la superveniencia del resultado⁸¹¹.

En el dolo directo, el agente pronostica con certeza el resultado significativo e intencionalmente se compromete él. Existe una relación inferencial directa entre la acción y el resultado.

Ya en el dolo eventual existe un pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso que genera una desconfianza de que el resultado significativo va ocurrir. Así, aunque no se pueda afirmar con seguridad que la acción a ser realizada va llevar al resultado significativo pronosticado, hay una razonada desconfianza intersubjetiva en el sentido que él ocurrirá.

Expuesta la diferencia fundamental⁸¹², es relevante puntuar las similitudes entre el dolo directo y el dolo eventual referido al dominio de una técnica.

⁸¹¹ A pesar de tal afirmación, no se puede decir que la distinción entre dolo directo y dolo eventual reposa en el elemento cognitivo, una vez que, como ya hemos consignado, ellos están umbilicalmente interconectados y, por tanto, no son separables, no existiendo, pues, tal dualismo.

⁸¹² Otra diferencia que se podría apuntar entre dolo directo y eventual, aun que no sea siempre tajante, es que en el dolo directo existe el propósito de obtener el resultado, lo que normalmente no existe en el dolo eventual, aunque eso sea posible [un ejemplo, en que sería posible la existencia de propósito en el dolo eventual, es el del sujeto que quiere matar una víctima. Sin embargo, decide hacerlo jugando ruleta rusa. En ese caso, existe un contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que genera una desconfianza de que la víctima va morir al jugar ese juego (dolo eventual). Pero, el autor también expresa también el propósito de matar la víctima, lo que normalmente no ocurre en los casos de dolo eventual, ya que, en la mayoría de los casos de esa clase de dolo, el agente no tiene como objetivo, como meta, la obtención del resultado delictivo, sino que simplemente manifiesta un compromiso con ese resultado potencial]. Así, se puede decir que, normalmente, en el dolo eventual existe intención referida al resultado, pero, generalmente, no existe el propósito de alcanzar el resultado. Es decir, la obtención del resultado delictivo no es el objetivo, la meta, del agente.

En primer lugar, tanto en el dolo directo, cuanto en el dolo eventual, la intención que consustancia el compromiso con el significado es la misma, es una intención referida a la acción y sus consecuencias intersubjetivamente pronosticadas.

Es decir, en ambos los casos, el resultado inferido está incluido en el espectro de la intención, no siendo posible afirmarse, pues, que la consecuencia de la acción fue algo no intencional.

Así, en los dos casos, el agente también toma intencionalmente las vías implícitas del lenguaje que llevan a determinados resultados significativos.

De tal manera, cuando el agente intencionalmente toma la vía implícita en el lenguaje que conlleva al resultado (directo o eventual), asume un compromiso con el mismo, razón por la cual su intención es referida a la acción y al resultado.

Sin embargo, se podría objetar que en el dolo eventual no existe intención de obtener el resultado, bastando invocar el ejemplo de la ruleta rusa: Si hubiera intención de matar del agente, él rellenaría con munición toda la cámara de la pistola y simplemente mataría la víctima.

Esa objeción, aunque seductora, es inadecuada, una vez que confunde intención con propósito. Como hemos visto, la muerte no precisa ser el objetivo del agente, no precisa ser su meta, su plan, en suma, no precisa ser el propósito del autor.

La intención es otra cosa. La intención es la expresión de la pretensión de realizar determinada acción. En el caso, es la pretensión de efectuar el disparo en la ruleta rusa.

Así, la intención incluye – además de la acción – la proyección del resultado delictivo, pues el pronóstico intersubjetivo ya alertaba al autor sobre los indicativos de que el resultado iba ocurrir.

Sin embargo, como ya hemos consignado, la existencia o no de propósito del autor no es relevante para la caracterización del dolo.

A pesar de ese pronóstico dudoso, el agente, intencionalmente, actúa, intencionalmente juega con la suerte del bien jurídico ajeno.

Aquí no es necesario el propósito para decir que hubo intención. Ello porque, al ponerse intencionalmente en marcha esa acción, queda evidente que el resultado – caso de que sobrevenga – fue intencional. Es decir, no fue un accidente, no fue un mero error ni por casualidad. Fue por intención.

Precisamente en ese sentido, argumenta VIVES ANTÓN:

*“El jugador que apuesta a la ruleta puede estar tan seguro como se quiera de que ganará; puede entrar en el juego sin haberse representado, ni por un momento, que podía perder; puede confiar en su estrella hasta el punto de no haber hecho ningún cálculo. Sin embargo, si sabe lo que es un juego, si domina la técnica de la ruleta, ha de saber, también, que puede perder y que, excepto dejar de jugar, no tiene ningún medio para evitar que el hecho de perder suceda; de modo que, si juega, se halla comprometido con la posibilidad de perder: esa posibilidad (perder) forma parte de su intención.”*⁸¹³

Por lo tanto, se puede reafirmar que dolo directo y eventual tienen la intención referida a la acción, con proyección al resultado, siendo que, en ambos los casos, existe un compromiso lingüístico del autor con el resultado significado.

Claro que es posible decir que el grado de compromiso en el dolo directo es más intenso que en el dolo eventual, dada la existencia de una relación inferencial directa, que solamente es potencial en el dolo eventual.

Sin embargo, en el dolo eventual existe un compromiso suficiente del autor precisamente por cuenta de la existencia de un contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que genera una desconfianza de que el

⁸¹³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 255.

resultado va acaecer. Con ello, el agente asume las consecuencias de su acto y avala el resultado pronosticado con eventualidad.

En otras palabras, tanto en el dolo directo como en el dolo eventual existe una relación normativa de responsabilidad entre el agente y los significados de su acción. Existiendo esa reivindicación normativa, que materializa la responsabilidad del agente, ambos los injustos (dolo directo y dolo eventual), merecerán la misma previsión abstracta de pena, ya que existe la misma responsabilidad normativa.

Precisamente por esas razones, es posible finalmente afirmar que el dolo eventual es dolo, como bien pondera VIVES ANTÓN al sostener que:

“(...) quien actúa con dolo eventual actúa intencionalmente o, lo que es lo mismo, que el dolo eventual es dolo o, más precisa y modestamente, nos permite entender que, en nuestros ordenamientos continentales, se opere con la idea de dolo en supuestos en los que falta el propósito.”⁸¹⁴

Para ilustrar lo que se está defendiendo, es importante traer aquí algunos ejemplos:

(i) El caso de los dos amigos jugando ruleta rusa, ya citado aquí, en que uno apunta al pecho de otro, el revolver, con capacidad para seis disparos, cargado con un proyectil, después de girar la ruleta.

El agente con su capacidad normal sabe que, al apretar el gatillo, cumple con todas las condiciones de éxito para matar a su amigo, aunque exista una duda razonada sobre si la munición está efectivamente en el sitio idóneo para el disparo inmediato o no.

Sin embargo, cuando el autor decide efectuar el disparo, aunque estuviera ante un pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que generaba una desconfianza de que podría matar su amigo, acaba por asumir

⁸¹⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 253.

un compromiso con el resultado muerte. El agente “*tira los dados*” con el bien jurídico de su amigo y, de tal manera, actúa con dolo eventual⁸¹⁵.

(ii) Un hombre, durante la noche, prende fuego en una casa de madera, en que hay personas durmiendo en el tercer piso y cuya luz no está funcionando, dificultando que las personas identifiquen la salida.

En el caso, existe un contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que genera una desconfianza de que las personas que están durmiendo no se darán cuenta a tiempo y no conseguirán salir de la casa en llamas, para escapar de la muerte. Y ese contexto intersubjetivo puede ser identificado por tratarse de una casa de madera, en que las personas están durmiendo en el tercer piso y que no hay luz en la casa para identificaren el camino para la salida.

A pesar de ese contexto de pronóstico intersubjetivamente dudoso, si el agente actúa intencionalmente, manifiesta un compromiso, llama para sí la responsabilidad por el resultado muerte intersubjetivamente pronosticado, de modo que actúa con dolo eventual.

(iii) En el conocido caso del tirador de LACMANN, que aquí se utiliza de acuerdo con las modificaciones propuestas por GRECO:

“Dos rancheros, que juegan a disparar en un parque de atracciones, deciden hacer una apuesta. El desafío: que el primer ranchero efectúe un disparo en el

⁸¹⁵ En el mismo sentido opina VIVES ANTÓN: “Pienso que la idea de competencia, de dominio de una técnica, que utilizábamos, en vez de la del proceso mental, para caracterizar el elemento «intelectual» del dolo puede, en este punto crucial, servirnos de ayuda. El jugador que apuesta a la ruleta puede estar tan seguro como se quiera de que ganará; puede entrar en el juego sin haberse representado, ni por un momento, que podía perder; puede confiar en su estrella hasta el punto de no haber hecho ningún cálculo. Sin embargo, si sabe lo que es un juego, si domina la técnica de la ruleta, ha de saber, también, que puede perder y que, excepto dejar de jugar, no tiene ningún medio para evitar que el hecho de perder suceda; de modo que, si juega, se halla comprometido con la posibilidad de perder: esa posibilidad (perder) forma parte de su intención.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., p. 255.

*sombrero de una niña, que está a la distancia de veinte metros, sin herirla. El premio: la totalidad del patrimonio del perdedor. El primer ranchero efectúa el disparo y pasa lo doblemente indeseado, la niña es alcanzada y muere.”*⁸¹⁶

En el caso, de acuerdo con las técnicas que el ranchero dominaba, había un pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que generaba una desconfianza razonada de que el autor iba causar la muerte de la niña con el disparo, una vez que no era un tirador experto.

Así, aunque se pueda afirmar innegablemente que el ranchero no tenía el propósito, no quería, no deseaba, la muerte de la niña, no hay duda de que, al actuar intencionalmente, asumió un compromiso con el resultado.

No importa para la caracterización del dolo si el agente subjetivamente confiaba en su supuesta habilidad amadora o si no deseaba el resultado. Lo que importa es que, a pesar de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que generaba una desconfianza en el sentido de que la muerte iba ocurrir, el agente intencionalmente actuó, llamando para sí la responsabilidad de su acto, asumiendo, pues, un compromiso con el resultado significativo.

Totalmente distinta sería la situación, si el ranchero fuese un tirador profesional, que ya había realizado un sin número de disparos más difíciles que ese y que sabía – de acuerdo con las técnicas que dominaba – que ese era un tiro fácil y que seguramente iba dar en el sombrero de la niña. En ese caso no había desconfianza intersubjetiva de que podría matar la víctima, una vez que el agente realizó un pronóstico seguro, de acuerdo con su dominio de la técnica de tiro y con base en los estándares compartidos de nuestra sociedad.

Si, a pesar de ello, el tirador profesional lesiona a la niña, no se estará ante un caso de dolo eventual, sino que más bien de imprudencia consciente, una vez que el ranchero cometió algún equívoco al jugar el juego de lenguaje que dominaba. Hubo una mala aplicación de la técnica, lo que no

⁸¹⁶ GRECO, Luís. *Dolo sem vontade, op. cit.*, p. 887.

consustancia un compromiso con el resultado, sino que un caso de imprudencia.

Por otro lado, también distinta sería la situación – aunque materialmente igual – en que el ranchero, un experto tirador, tenía como objetivo matar la niña (tenía el propósito de matar la víctima) y tira a su cabeza.

En ese caso, a diferencia del ejemplo anterior, expresa la pretensión de matar la víctima, asumiendo un compromiso con la muerte de la niña, caracterizando, pues, una situación de dolo directo (teniendo en cuenta que él dominaba la técnica del disparo). Aquí el agente tenía certeza del resultado. Había una relación inferencial directa entre su acción (con las técnicas que dominaba) y el resultado. El agente expresó la pretensión de efectuar un disparo contra la cabeza de la víctima y el compromiso de matarla.

Evidentemente que, para saber diferenciar, si hubo imprudencia consciente, dolo directo o dolo eventual (todas esas posibilidades pueden estar presentes en una acción materialmente idéntica) referidos a la muerte de la víctima, se habrá que recurrir a los criterios de la intención ya referidos en este trabajo⁸¹⁷.

(iv) El caso de la correa de cuero, que es así descrito por ROXIN:

“K y J querían robar a M. Decidieron estrangularlo con una correa de cuero hasta que perdiera el conocimiento y sustraerle entonces sus pertenencias. Como se percataron de que el estrangulamiento podría conducir en determinadas circunstancias a la muerte de M, que preferían evitar, resolvieron golpearle con un saco de arena en la cabeza y hacerle perder la conciencia de ese modo.

Durante la ejecución del hecho reventó el saco de arena y se produjo una pelea con M. Entonces K y J recurrieron a la correa de cuero que habían llevado por si acaso. Hicieron un lazo en torno al cuello de M y tiraron de

⁸¹⁷ Véase: capítulo V, 3., 3.3.

*ambos extremos hasta que aquél dejó de moverse. Acto seguido se apoderaron de las pertenencias de M. a continuación les surgieron dudas sobre si M estaría aún vivo y realizaron intentos de reanimación, que resultaron inútiles.”*⁸¹⁸

En ese caso, resultó bastante claro que los agentes, con las técnicas normales que dominaban, sabían que la acción de poner el lazo en torno al cuello de la víctima era una conducta que autorizaba un pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso que generaba desconfianza de que la muerte de M iba ocurrir.

Así, aunque en principio los autores hubieran evitado ese método (lo que puede revelar que no tenían el deseo de matarla), en un segundo momento, acabaron por concretizarlo intencionalmente, con lo que asumirán el compromiso de matar la víctima, actuando, pues, con dolo eventual.

Véase que es irrelevante – para fines de caracterización del dolo - el hecho de que, al principio, no tuviesen el objetivo, el propósito de matar a la víctima y que después intentaran reanimarla.

Lo relevante es que ellos realizaron intencionalmente la acción, que proyectaba el resultado, es decir, expresaron una pretensión de realizar la acción que involucraba una duda razonada, una desconfianza de que la víctima iba morir y con ello acabaron por asumir un compromiso con el resultado delictivo. Los demás sentimientos y pasiones de los agentes no tienen trascendencia para afirmar o rechazar el dolo.

(v) Imagínese el caso de un traficante de cocaína que está vendiendo drogas en la calle, acompañado de su hija de diez años.

Al ver la llegada de la policía, el agente manda que su hija se trague los tres envases de cocaína que llevaba consigo.

⁸¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, op. cit.*, p. 424.

En ese caso no hay un juicio de certeza de que todo va salir bien. Todo lo contrario. Hay una situación de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que generaba una seria y razonada desconfianza en el sentido de que uno de los envases iba romperse en el estómago de la niña, matándola, lo que, en el caso, efectivamente ocurre.

Aunque el padre, en nuestro ejemplo, no tenía el propósito, no deseaba, no quería la muerte de su hija, al realizar intencionalmente esa acción, con el referido pronóstico de desconfianza sobre la muerte, avaló el resultado, lo asumiéndolo intencionalmente como obra suya.

De tal manera, pese a lamentar profundamente lo ocurrido, es posible constatar que actuó con dolo eventual.

Todos esos ejemplos sirven para poner de manifiesto que, en los casos en que se está delante de un contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que genera una desconfianza de que el resultado delictivo va ocurrir, si el autor intencionalmente realiza la acción acaba por asumir el compromiso con el resultado, acaba por tirar la suerte con los bienes jurídicos ajenos, asumiendo, pues, un compromiso con él, con lo que se puede afirmar que actuó con dolo eventual.

Es importante dejar claro, por fin, que las acciones con dolo eventual no se confunden con las acciones que expresan una imprudencia consciente.

En la imprudencia consciente el agente simplemente tiene conciencia de la posibilidad del resultado delictivo. Pero, el pronóstico que el autor realiza no es positivo al punto de generar una desconfianza de que el resultado va acaecer. En la imprudencia consciente no emerge del contexto de la acción una indicación clara de que el resultado ocurrirá. En la imprudencia no emergen del contextos esos *red flags*, que constituyen el pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso.

En la imprudencia consciente hay simplemente una mala aplicación de las reglas de un juego de lenguaje que tiene la posibilidad de causar un resultado delictivo. En ese caso no existe un indicativo positivo de la

superveniencia del resultado, no habiendo, así, una asunción de responsabilidad normativa por él, no existiendo, pues, compromiso con él⁸¹⁹. En la imprudencia consciente el autor no manifiesta la intención de jugar con la suerte de los bienes jurídicos ajenos.

Así, el experto tirador de cuchillos de nuestro ejemplo tiene consciencia de que es posible afectar la muchacha. Pero, el contexto de la acción y las técnica que el domina no generan una desconfianza de que eso va pasar. Todo lo contrario. El pronóstico indicaba claramente que nada de errado iba ocurrir.

Por otro lado, caso de que la misma situación pasase con un espectador, que estaba en la platea, el pronóstico sería totalmente distinto. El hecho de girar la diana, la lesividad de los cuchillos y la total falta de dominio de la técnica generan una clara desconfianza de que va causar serias lesiones a la víctima.

Como se puede ver y como ya fue afirmado, en los casos de dolo eventual, el dominio de una técnica tiene una especial relevancia, una vez que – ante la constatación de una situación de peligro – lo que diferenciará, muchas veces, una imputación por dolo eventual o por imprudencia consciente serán precisamente las habilidades contextualizadas del autor (aunque esas habilidades dependan de la intención, es decir, también, del elemento volitivo).

Dicho eso, se puede resumir que, para la caracterización del dolo eventual comprendido desde el dominio de una técnica, similarmente a lo que pasa en el dolo eventual referido a la conciencia de la acción, deben estar presentes los siguientes requisitos:

⁸¹⁹ De acuerdo con VIVES ANTÓN, la imprudencia – al contrario del dolo eventual – queda limitada por una doble ausencia de compromiso, es decir: “(...) por la ausencia de ese ‘compromiso con el resultado típico’, en que el dolo consiste, y por la ausencia de un compromiso normativamente exigido con la evitación de la lesión (la infracción del deber de cuidado).” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, op. cit., pp. 258-259.

a) pronóstico positivo: el contexto de la acción debe indicar positivamente la potencialidad de que el resultado ocurra caso el autor realice la acción. Es decir, el contexto de la acción genera una desconfianza de que el resultado significativo va ocurrir.

b) pronóstico dudoso: ese pronóstico no debe ser seguro, sino que dudoso. Así, el agente tiene (intersubjetivamente) una desconfianza de que el resultado va acaecer, caso realice la acción. No se tiene certeza de su superveniencia, pero tiene fundada desconfianza en ese sentido.

c) pronóstico y duda razonados: tanto el pronóstico cuanto la duda deben ser razonados, debe estar anclados en el contexto y en las formas de vida en que la acción fue realizado. El pronóstico y la duda son intersubjetivos y fundados en una razón práctica.

d) intención referida a la acción y al resultado: el agente debe expresar la pretensión de realizar la acción que sirvió de base para el pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso. Esa intención es referida, también, al resultado delictivo, ya que, al decidir realizar la acción, pese el pronóstico positivo, su intención incluyó en su espectro el resultado inferido, no siendo posible afirmarse, pues, que la consecuencia de su acción fue algo no intencional. No se debe, sin embargo, confundir intención con propósito. En el dolo eventual normalmente no existe propósito, el resultado normalmente no es la meta, el objetivo que el agente pretende alcanzar. Además, la existencia o no de propósito es irrelevante, pues no tiene transcendencia para la caracterización del dolo.

e) compromiso con el significado: ante el referido pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso el agente intencionalmente realiza la acción que proyecta esa previsión. Con ello, el agente asume la responsabilidad normativa por los resultados de su acción. Así, manifiesta un compromiso con el resultado significativo.

De tal manera, se puede afirmar que el dolo eventual comprendido desde el dominio de una técnica depende de la existencia de un pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso que indique la potencialidad, que genere

una desconfianza de que el resultado va ocurrir caso el autor realice la acción. Además, el agente intencionalmente realiza la acción que proyecta esa previsión. Todo ello deja clara la existencia de un compromiso del autor con el resultado significativo de su acción.

CONCLUSIONES

Expuesto el cuerpo argumentativo de este trabajo, ha llegado el momento de hacer una concatenación de las principales ideas y propuestas aquí defendidas, de modo a ofrecer una especie de columna vertebral de las proposiciones conclusivas más importantes, que componen la estructura que da soporte al cuerpo de la tesis.

Como hemos hecho durante el desarrollo del trabajo, estas conclusiones serán divididas en dos partes fundamentales. La primera referida al fundamento que justifica que el Derecho penal dispense un tratamiento penal más severo para el injusto doloso en relación al injusto imprudente. La segunda abordando propiamente los elementos que componen la concepción de dolo que aquí se propone, así como del contenido de cada uno de esos elementos y las formas de dolo ofrecidas.

Sobre el tema de la *ratio* para el tratamiento penal más severo para los injustos dolosos, la primera conclusión a que se llegó es que solo tiene sentido promover un tratamiento penal más severo para el dolo si, con ello, se emprende una mejor y más adecuada estrategia para realizar los objetivos preventivos que deben orientar un Derecho penal democrático.

En otras palabras, solo se debe tratar el dolo de modo más grave si, de tal manera, ello resulta en una adopción de una estrategia más idónea para la obtención de resultados potencialmente más preventivos en nuestra práctica cotidiana.

Sin embargo, ante esa conclusión surge un nuevo problema, consistente en saber como es posible obtener resultados potencialmente más preventivos. Es decir, es necesario saber cuál debe ser la estratégica protagonista para la concretización de un programa político-criminal de naturaleza preventiva: Si una estrategia inspirada en criterios de prevención general positiva o si en criterios de prevención general negativa.

Comparando esas dos estrategias, es posible llegar a la conclusión de que la prevención general positiva es la que debe orientar como protagonista el referido programa político-criminal, una vez que es la que tiene mayor potencialidad preventiva y es la que promueve de modo más adecuado la pretensión de legitimidad, que necesariamente debe iluminar un Estado de Derecho.

Para que ese modelo funcione, sin embargo, se debe comprender la prevención general positiva como una coordinación de acción orientada por criterios racionales, en que se debe convencer a la gente a seguir a la norma por medio del convencimiento anclado en buenas razones.

Así, la mejor forma de prevenir delitos es por medio de un Derecho penal racionalmente fundado en las concepciones implícitas de justicia de la sociedad que se pretende regular.

Además, desde esa misma perspectiva, se ha puesto de manifiesto que la única base aceptable para que se reconozca una ley como norma jurídica es consustanciada por la concurrencia de dos fundamentos ineludibles, consustanciados por la existencia: (i) de una decisión legítima de poder y (ii) de una racionalidad práctica que apoye la referida decisión.

Sentadas esas premisas, ha surgido el problema sobre cómo es posible que el Derecho penal respete los conceptos implícitos de justicia de modo a orientar adecuadamente la carga e intensidad de la represión penal.

Inicialmente, se ha puesto de manifiesto que nosotros solamente sabemos si algo es bueno o malo, correcto o incorrecto, más grave o menos grave, en el seno de los juegos de lenguaje, con lo que se ha constatado que nuestras acciones tienen un ineludible carácter lingüístico-normativo.

Desde esa premisa, se ha identificado que la mayor gravedad lingüística que ostentan las acciones dolosas deriva de la existencia de un compromiso del autor con el resultado significativo de sus acciones, una vez que es precisamente por medio de ese compromiso que el agente se responsabiliza, avala, asume la responsabilidad por las acciones que realiza.

Así que se ha concluido que las acciones en que una persona manifiesta un compromiso con su resultado significativo contienen un mayor desvalor significativo que las acciones sin el referido compromiso, como es el caso de las acciones imprudentes.

De tal manera, se ha puesto de manifiesto que el fundamento del dolo debe ser precisamente ese compromiso lingüístico que el autor puede expresar por medio de las acciones significativas.

Por consiguiente, utilizándose el compromiso lingüístico como fundamento del dolo es posible respetar las concepciones implícitas de justicia de una comunidad, ya que el significado está de acuerdo con la promoción de una pretensión de legitimidad y, por ende, se potencia un horizonte de prevención, tornando posible que el Derecho penal cumpla de modo más adecuado y productivo su promesa de protección justa de la sociedad.

Con esas conclusiones se cierra la primera parte del trabajo.

En la segunda parte de la tesis, se ha expuesto las principales teorías desarrolladas sobre el dolo, siendo que ese examen fue dividido en las teorías psicológicas y normativas, haciendo, también, una objeción a la gramática superficial de las aludidas teorías.

La crítica fundamental, sin embargo, en contra las teorías tradicionales está vinculada a un ataque a la gramática profunda de esas propuestas, que reposa precisamente en la adopción de las premisas del dualismo cartesiano.

Con ello se ha criticado la doctrina de la comprensión de la intención como algo incorpóreo, se ha repudiado la doctrina del acceso privilegiado y se ha rechazado el argumento del lenguaje privado.

Así que se ha llegado a las siguientes conclusiones sobre el dolo, objetándose así las bases cartesianas utilizadas por las teorías psicológicas: (i) el dolo no es algo incorpóreo; (ii) el dolo no está constituido de estados mentales o de sinapsis neurales que pasan en la mente del agente mientras

comete el delito; (iii) no es posible separar la intención de la acción, una vez que no son cosas distintas y mucho menos separables; (iv) el dolo no se infiere de lo externo, puesto que no hay nada de misterioso a ser internamente investigado por medio de la introspección o de la inferencia; (v) el agente no tiene superioridad epistemológica sobre sus intenciones, no puede imponer o manipular arbitraria y privadamente sus significados, necesitando, pues, de criterios intersubjetivos y públicos para manifestarlas; (vi) la acción significativa es el vehículo de la intención y del dolo; (vii) la intención es comprendida directamente en la acción significativa y no indirectamente.

Además, también, se ha afirmado como crítica a las teorías psicológicas que no es posible hacer una valoración del dolo como un estado mental, como piensan los defensores de las tesis psicológicas. Un estado mental no es bueno o malo, más grave o menos grave, como si poseyese una etiqueta inmaterial señalando las referidas valoraciones. Por lo tanto, desde esa objeción, se sostiene ser imposible valorar un estado mental y, como consecuencia, es un sinsentido pretender caracterizar el dolo de acuerdo con algo que no puede siquiera ser valorado.

Del mismo modo, se ha realizado una crítica a la gramática profunda de las teorías normativas, apuntando fundamentalmente el problema de la adopción de tesis conductistas y objetivistas.

Padecen del problema del conductismo las teorías que pretenden inferir lo interno del externo, es decir, que defienden que el dolo es inferido de las circunstancias de la acción, de los indicadores externos.

Así, se ha señalado que el conductismo involucra dos problemas fundamentales.

El primero es que parte de la creencia de la existencia de lo interno. Lo que debe ser rechazado, una vez que es equivocado hablar de "*algo interno*" en un modelo objeto-designación, una vez que la introspección no es un método de observación de lo mental, así como no es posible afirmar la autoridad epistemológica de la primera persona, ni tampoco ha de plantearse que la acción deriva de una relación causal iniciada por algo interno.

Las sinapsis neuronales o movimientos biológicos no tienen ningún significado lingüístico que autoriza su lectura por medio de la introspección o inferencia.

El segundo problema del conductismo es de insuficiencia criterial, pues, aunque la acción y sus datos circundantes sean extremadamente relevantes para la comprensión del dolo, constituyen criterios incompletos. Hay que buscar, también, otros criterios para la constatación del dolo, como los antecedentes y consecuentes de la acción.

Sobre el objetivismo, se lo ha criticado por partir de la falsa premisa de que es posible realizar una conceptualización unitaria, general y objetiva del dolo, anclada fundamentalmente en la idea de peligro.

Se ha consignado que el peligro no puede determinar absolutamente el significado del dolo, una vez que el gran horizonte de complejidad y variedad de los juegos de lenguaje no permite que se identifiquen criterios transcendentales para su caracterización.

Los distintos contextos presentan distintas valoraciones para el peligro, de modo que – aunque muchas veces puedan coincidir con situaciones que se considera dolosas – hay innumerables casos en que tal afirmación es falsa, de modo que no se puede adoptar el peligro como un criterio fiable y tajante para la identificación del dolo, máxime partiéndose de una perspectiva objetivista.

Así, la principal crítica que puede ser dirigida en contra las propuestas objetivistas es que ignoran la importancia y complejidad del lenguaje en sus propuestas, adoptándose una visión realista y objetivista del mundo.

Además, las teorías que propugnan la adopción del peligro para la conceptualización del dolo, acaban por adoptar, en verdad, un juicio de imputación para su caracterización, lo que resulta, en algunos casos, en desventajas y peligros, desde un punto de vista político-criminal.

Ello porque, con tal perspectiva, se adopta, en los delitos resultativos, como momento central del dolo no el significado de la acción, sino que la infracción a un deber jurídico, pues lo que decide si una conducta es dolosa o no pasa, en muchos casos, a ser una violación a un deber preventivo impuesto por el Derecho.

De tal manera, se promueve un desplazamiento del eje central del dolo, que en nuestra vida cotidiana se funda en la identificación de significados para basarse en la identificación de responsabilidades.

Sentadas esas premisas, se procuró poner de manifiesto la necesidad de se operar un giro lingüístico, también, en la teoría del dolo. En ese sentido, se defiende, con base en WITTGENSTEIN, que el conocimiento que nosotros tenemos del mundo se hace desde la base de un sistema de referencia lingüístico, en una relación sujeto-sujeto. Ese sistema es el telón de fondo de nuestros juegos de lenguaje y nos es dado por herencia, una vez que está anclado en hábitos y prácticas de nuestras sociedades.

Siguiendo en esa misma perspectiva lingüística, se ha propuesto, también, una nueva forma de comprender el dolo, empezándose las propuestas por el elemento cognitivo del dolo.

Inicialmente, se ha propugnado que el elemento cognitivo del dolo debe ser dividido de acuerdo con los dos usos de la palabra conocer que son relevantes para tal teoría, el conocer como conciencia de las acción (saber que) y el conocer como dominio de una técnica (saber como).

El conocimiento como conciencia de la acción es caracterizado por el conocimiento de lo que el agente efectivamente hace mientras comete un delito, debiendo abarcar todas las circunstancias constantes del tipo objetivo. Muchas de esas circunstancias, sin embargo, no precisan ser necesariamente pensadas por el agente mientras comete el delito, una vez que esa es una afirmación que deriva de un equívoco cartesiano. El conocimiento es una habilidad y la memoria es el referido conocimiento retenido. Así, algunos elementos de tipo penal el agente puede conocer con anterioridad, manteniéndolas en la memoria, lo que es suficiente para el cumplimiento del

requisito de la consciencia para el dolo, siendo, pues, el caso de rechazar propuestas como las propugnadas por la teoría de la coconciencia.

Ya el conocimiento como dominio de una técnica parte de la idea del conocimiento como una capacidad de aprendizaje y adiestramiento sobre cómo jugar los juegos de lenguaje. Y es concebido como un aprendizaje de una cultura, sus hábitos y prácticas y de cómo dominarlos.

Así, se ha defendido que es justamente el dominio de una técnica el que habilita a los seres humanos a realizar predicciones, a pronosticar acaecimientos futuros, con lo que será posible que el agente asuma compromisos con el resultado significativo de sus acciones.

En resumen, es posible afirmar que el elemento cognitivo del dolo está compuesto por: (i) el conocimiento como conciencia de la acción (saber qué), que consiste en la conciencia del agente sobre lo que hace y sobre las circunstancias del hecho, siempre referidas a los elementos objetivos descritos en el tipo penal y (ii) el conocimiento como dominio de una técnica (saber como), que consiste en la evaluación de las capacidades y competencias que el agente domina, que habilita a los seres humanos a realizar predicciones.

En lo que toca al elemento volitivo, en primer lugar, se ha puesto de manifiesto que éste es un requisito imprescindible para la caracterización del dolo. Ello porque la acción dolosa involucra algo más que el simple contemplar, el simple conocimiento, ella involucra, también, llevar a cabo intencionalmente una determinada acción.

Así, para la caracterización del dolo hace falta el elemento volitivo, que complementa una idea de compromiso iniciada por el elemento cognitivo, para dejar explícita una vinculación, una responsabilidad normativa existente entre el autor y los significados de su acción.

Por ello es que no se puede simplemente abandonar el elemento volitivo, como proponen las concepciones cognitivas.

El mantenimiento del elemento volitivo, sin embargo, no significa confundir el dolo con las denominadas pasiones y con otros términos

relativos a estados mentales que tienen un concepto ambiguo, normalmente vinculados a alguna clase de relación sentimental entre el autor y el resultado de su acción. No. El elemento volitivo del dolo debe ser caracterizado únicamente por la intención, debiendo ser rechazado el uso de expresiones relacionadas a cualquier elemento emocional, siendo, también, de rigor se rechazar expresiones ambiguas como querer y propósito, que muchas veces pueden ser confundidas con deseo u objetivos.

Ahora hablando específicamente sobre la intención, se ha defendido que ella es consustanciada por la expresión de una pretensión significada de realizar determinada acción. Así, el elemento volitivo del dolo debe ser caracterizado por la intención referida a la acción y al resultado de ella inferido.

Además se ha puesto de manifiesto que la intención no es ontológica, no es un sustrato, no es algo interno, no es un estado mental, no es nada prelingüístico. La intención es siempre lingüística y siempre caracterizada por una acción significativa.

De tal manera, es posible afirmar que la intención o no de jugar determinados juegos de lenguaje, comprendida como la expresión de una pretensión significada de actuar de determinado modo, se refleja en la acción u omisión de comételes, es decir, la intención es la propia acción u omisión significada en su contexto, una vez que la relación entre la intención y la acción es interna o gramatical.

Ella depende, pues, de criterios públicos y completa, justamente, la caracterización del compromiso con el resultado significativo inferido de las condiciones de éxito del lance realizado por el autor, que fundamenta el dolo.

En lo que toca a los referidos criterios de la intención, se ha puesto de manifiesto que son ellos los que permiten comprobar, acreditar, la existencia o no del elemento volitivo del dolo. Son ellos que nos habilitan a saber si un determinado agente tuvo o no determinada intención.

Los criterios que deben ser utilizados para la comprobación de la intención son: (i) el contexto de la acción: que es lo que permite verificar su significado, de acuerdo con la forma de vida, las costumbres y hábitos en que la acción es realizada, analizándose, también, los antecedentes y consecuentes de la conducta; (ii) las explicaciones: que son las manifestaciones del autor antes, durante y después de la conducta, inclusive por medio de reacciones como llorar, reír, conmemorar, quedar triste o feliz; y (iii) las confesiones: que son las razones y significados que el propio autor da respecto de su acción.

El contexto, las explicaciones y las confesiones deben ser todos interpretados conjuntamente, teniendo nuestra forma de vida como trasfondo. Además, se ha defendido que la prueba del conocimiento, también, se da por medio del actuar, es decir, se sabe que alguien tiene conocimiento de algo por medio de su forma de actuar.

Explicados los elementos cognitivo y volitivo del dolo, se pasó a ofrecer las concepciones propuestas para el dolo directo y dolo eventual.

De acuerdo con lo aquí propugnado, el dolo directo es aquel en que el agente, en determinado contexto, realiza intencionalmente la acción que conlleva con seguridad el resultado significativo previsto en el tipo objetivo, pronosticado de acuerdo con las técnicas que el agente domina y con el conocimiento de las circunstancias de la acción que él tiene, asumiendo, así, un compromiso con el resultado significativo.

En el dolo directo hay una intención de realizar la acción y, teniendo en cuenta la relación inferencial directa, la intención del agente también está referida al resultado significativo inferido.

Así, el dolo directo se compone por los siguientes elementos: (a) pronóstico intersubjetivo seguro (relación inferencial directa); (b) intención referida a la acción y al resultado; y (c) compromiso del autor con el resultado significativo.

Se ha propuesto, también, el abandono del denominado dolo directo de segundo grado, puesto que, teniendo en cuenta que el elemento volitivo es

consustanciado apenas por la intención, la distinción entre dolo directo de primer y segundo grado pierde el sentido, ya que, en verdad, está fundada en el concepto de deseo.

Por fin, sobre el dolo eventual se ha argumentado que su principal fundamento reposa precisamente en la existencia de una duda razonada, de un contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que genere una desconfianza que puede ser referida tanto al saber qué, cuanto al saber como.

De tal manera, se propone diferenciar el dolo eventual de acuerdo con las dos formas de manifestación del elemento cognitivo, es decir, el dolo eventual referido a la conciencia de la acción y el dolo eventual comprendido desde el dominio de una técnica.

El dolo eventual referido a la conciencia de la acción se caracteriza cuando el agente, aunque no tenga efectiva conciencia de todos los elementos de tipo penal, este delante de un contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso, que genere una desconfianza de que algún elemento del tipo objetivo que el agente desconoce, efectivamente esté presente. En esos casos, pese tal inferencia, el agente intencionalmente actúa, asumiendo, pues, un compromiso con el significado de la acción.

Ya el dolo eventual visto desde el dominio de una técnica, involucra los supuestos clásicos de dolo eventual y, para su caracterización, depende de la existencia de un pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso que indique la potencialidad, que genere una desconfianza de que el resultado va ocurrir caso el autor realice la acción.

Así, el agente, a pesar de su pronóstico positivo de duda razonada, intencionalmente pone en marcha esa acción que conlleva a un juego con la suerte de los bienes jurídicos ajenos, asumiendo, pues, la responsabilidad por el resultado pronosticado.

En suma, se puede decir que los dos supuestos de dolo eventual se fundan básicamente en la existencia de una duda razonada, es decir de un

contexto de pronóstico positivo intersubjetivamente dudoso. Además, la intención en esos dos casos es referida a la acción y al resultado inferido. Todo ello dejando clara la existencia de un compromiso del autor con el resultado significativo de su acción.

Con ello se ha presentado las principales conclusiones de este trabajo, de modo que se espera haber cumplido su principal objetivo que era el de provocar el debate sobre el asunto, con la intención de intentar buscar nuevos horizontes para su discusión y, con ello, desarrollar de modo más consistente uno de los más importantes temas de la teoría del delito, que es el dolo.

BIBLIOGRAFIA

APEL, Karl-Oto. *A transformação da Filosofia*, vol. 1: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. Trad. Paulo Astor Soethe. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

APEL, Karl-Otto. *Semiótica filosófica*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2009.

ARAÚJO, Inês Lacerda. *Curso de Teoria do Conhecimento e Epistemologia*. Manole: Barueri, 2012.

ARAÚJO, Inês Lacerda. *Wittgenstein: o “conhecimento” na relação entre linguagem e realidade*. En Ludwig Wittgenstein: perspectivas. Editora CRV: Curitiba, 2012.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Editorial Cremos: Madrid, 1994.

BACIGALUPO, Enrique. *Teoría y práctica del derecho penal*. Tomo I. Madrid: Marcial Pons, Inst. Univ. de Investigación Ortega y Gasset, 2009.

BACKER, G. P.; HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: rules, grammar and necessity*, (vol. II of an analytical commentary on the Philosophical Investigations), Essays and Exegesis of §§ 185-242. 2ª. ed. Oxford; Cambridge: Basil Blackwell, 2009.

BACKER, G. P.; HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: understanding and meaning* (vol. II of an analytical commentary on the Philosophical Investigations) essays and exegesis of §§ 185-242. 2ª. ed., Oxford/Cambridge, Basil Blackwell, 2009.

BACKER, G. P.; HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: understanding and meaning* (vol. I of an analytical commentary on the Philosophical Investigations) Part I, essays. 2ª. ed., Oxford; Cambridge: Basil Blackwell, 2009.

BADAR, Mohamed Elewa. *The Mental Element in The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary from a Comparative Criminal Law Perspective*. Criminal Law Forum (2008), Volume 19, Issue 3, pp. 473-51.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *La responsabilidad penal en actividades arriesgadas*. Madrid: Ed. Leynfor Siglo 21, 2000.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de derecho penal*. Cizur Menor: Civitas, Thompson Reuters, 2010.

BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal/La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: El Foro, 2002, pp. 273-310.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Gen, 2010.

BRANDOM, Robert B. *Articulando Razões: uma introdução ao inferencialismo*. Porto Alegre: Edipucrs, 2013.

BRANDOM, Robert B. *Making it Explicit: Reasoning, Representing and Discursive Commitment*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994.

BUNG, Jochen. *Wissen und Wollen im Strafrecht*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2009.

BUSATO, Paulo César. *Actio libera in causa y acción significativa*. En Problemas Actuales del Derecho Penal y de La Criminología, estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y la acción significativa: un análisis de la función negativa del concepto significativo de acción en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César. *Dolo e Significado*. En Dolo e Direito Penal: modernas tendências. BUSATO, Paulo César (org.). 2a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BUSATO, Paulo César. *La tentativa del delito: análisis a partir del concepto significativo de la acción*. Curitiba: Juruá, 2011.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*. Vol. II. Madrid: Trotta, 1999.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *A Gramática do Nexo Causal: Reflexões para uma ressignificação da teoria do nexo causal com base na filosofia de linguagem*. En ZILIO, Jacson Luiz; BOZZA, Fabio (org.). *Estudos Críticos sobre o Sistema Penal - Homenagem ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos, por Seu 70º Aniversário*. Curitiba: Editora Ledze, 2012.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *O Elemento Volitivo do Dolo: uma Contribuição da Filosofia da Linguagem de Wittgenstein e da Teoria da Ação Significativa*. En *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*. BUSATO, Paulo César (org.). 2a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Introducción*. En JAKOBS, Günther. *La pena estatal*. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

CANESTRARI, Stefano. *Die Struktur des Dolus Eventualis: Die Unterscheidung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit und die neuen Risikophänomenologien*. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 2004.

CANESTRARI, Stefano. *Manuale di diritto penale*. Bologna: il Mulino, 2008.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLES CUSSAC, José Luis. *Derecho Penal: parte especial*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia*. En *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

CERQUETTI, Giovanni. *Il dolo*. Torino: Giappichelli, 2010.

CHILD, Willian. *Introdução: Wittgenstein*. Porto Alegre: Penso, 2013.

CHURCHLAND, Paul. *Matter and Consciousness: a contemporary introduction to the philosophy of mind*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1992.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal, Parte Geral*. 3ª ed., Curitiba, Lumen Juris/ICPC, 2008.

CLARK, Roger S. *Subjektive Merkmale im Völkerstrafrecht*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Berlin, 114 (2002).

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal, Parte General*. 5ª Ed. Valencia: Tirant la Blanch, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales: Nuevas forma de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*. 2ª ed. Buenos Aires/Montevideo, Editorial B. de F., 2005.

COTTINGHAM, John. *Dualismo cartesiano: teologia, metafísica e ciência en Descartes: coleção Companions & Companions*. Trad. André Oides. Aparecida: Ideias & Letras, 2009.

COTTINGHAM, John. *Introdução*. En Descartes: coleção Companions & Companions. Trad. André Oides. Aparecida: Ideias & Letras, 2009.

CUELLO CONTRERAS, Joaquin. *El Derecho Penal español, curso de iniciación: Parte General*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1996.

DAMASIO, Antonio. *En busca de Spinoza: neurobiología de la emoción y los sentimientos*. Trad. Joandoménec Ros. Barcelona: Critica, 2007.

DAVIDSON, Donald. *Essays on actions and events*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2002.

DEKENS, Olivier. *Compreender Kant*. Trad. Paula Silva. São Paulo: Loyola, 2008.

DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo: L'accertamento*. Vol. II. Milano: Giuffrè, 2010.

DEMURO, Gian Paolo. *Il dolo: Svolgimento storico del concetto*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 2007.

DENNETT, Daniel. *La conciencia explicada: una teoría interdisciplinar*. Buenos Aires: Paidós: 1995.

DENNETT, Daniel. *La filosofía como antropología ingenua*. En *La Naturaleza de la conciencia: cerebro, mente y lenguaje*. Madrid: Paidós, 2008.

DESCARTES, René. *As Paixões da Alma*. En *Os Pensadores*. 2a ed. São Paulo: Editora Abril, 1979.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral*, tomo I, questões fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

DÍAZ PITA, María del Mar. *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*. Revista Penal n. 17. Madrid: La Ley, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito*, bases metodológicas. Buenos Aires; Montevideo: Editorial B. de F., 2007.

DONNA, Edgardo Alberto. *El concepto objetivado de dolo*. En *La Ciencia del Derecho Penal antes el Nuevo Siglo: libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.

DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*. 6a ed. New Providence: LexisNexis, 2012.

DUFF, R.A. *Whose luck is it anyway*. En *Criminal Liability for non-Aggressive Death*. Aldershot: Ashgate, 2008.

ELLIOT, Catherine; QUINN, Frances. *Criminal Law*. 5ª ed. Harlow: Pearson, 2012.

ENGELMANN, Paul. *Lettere di Ludwig Wittgenstein*. Firenze: La Nuova Italia, 1970.

ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*. Aalen: Scientia Verl., 1965.

ENGISCH, Karl. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. 2ª ed. Berlin: Gruyter, 1965.

ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen: Scientia, 1964.

ESER, Albin; BURKHARDT, Björn. *Derecho Penal: cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*. Trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Ed. Colex, 1995.

ETCHEVERRY, José Luiz. *Advertencia a la edición castellana*. En HABERMAS, Jürgen. *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*. Madrid: Cátedra, 1999.

EUSEBI, Luciano. *Il Dolo come Volontà*. Brescia: Morcelliana, 1993.

FARIA COSTA, José Francisco. *O perigo em Direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El futuro de la dogmática jurídico-penal: Del paradigma de la motivación al paradigma de la comunicación*. En *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I. Madrid: Edisofer, 2008.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*. En *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, 2015.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Kleine Schriften: vermischten Inhalts*. Nürnberg: Theodor Otto, 1933.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 5. ed. Gießen: bey Tasché et Müller, 1812.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Band I. Erfurt: Henning, 1799.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*. Band II. Chemnitz: G. F. Tasche, 1800.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FLETCHER, George. *Conceptos básicos de Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3a ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

FRANK, Reinhard von. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. Tübingen: Mohr, 1931.

FRANK, Reinhard. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Buenos Aires/Montevideo: Editorial B. de F., 2002.

FRANK, Reinhard. *Vorstellung und Wille in der Moderne Doluslehre*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Berlin, 10 (1890).

FRISCH, Wolfgang. *Cuestiones de conciencia en Derecho penal*. En Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, tomo I. Madrid: Edisofer, 2008.

FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. Colonia, Berlín, Bonn, Múnich: Carl Heymanns Verlag, 1983.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *¿Nuevos Riesgos, Viejas Respuestas?* Estudio sobre la Protección Penal de los Datos de Carácter Personal ante las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación. En La protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Alfonso Galán Muñoz (coord.) Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos*. En Derecho Penal y de La Criminología,

estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos. Análisis del art. 248.2 CP*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *La problemática utilización del principio de precaución como referente de la política criminal del moderno derecho penal ¿hacia un derecho penal del miedo a lo desconocido o hacia uno realmente preventivo?* En Revista General de Derecho Penal, n. 23, 2015.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma*. Revista Penal n. 16. Madrid: La Ley, 2005.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 1997.

GEBAUER, Gunter. *O pensamento antropológico de Wittgenstein*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2013.

GELARDI, Michele. *Il dolo specifico*. Padova: CEDAM, 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990.

GLOCK, Hans-Johann. *¿Qué es la Filosofía Analítica?* Tecnos: Madrid, 2012

GLOCK, Hans-Johann. *A Wittgenstein dictionary*. Basil Blackwell, Oxford, 1996.

GLOCK, Hans-Johann. *Concepts: Between The Subjective and the Objective*. En Mind, Method, and Morality: Essays in Honor of Anthony Kenny. Oxford: Oxford University Press, 2010.

GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Trad. Helena Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

GOETHE, Norma B. *Introducción*. En PUTNAM, Hilary. Sentido, sinsentido y los sentidos. Paidós: Barcelona, 2000.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2ª ed. Buenos Aires/Montevideo: Editorial B. de F., 2002.

GÓMEZ ALONSO, Modesto M. *Frágiles certidumbres: Wittgenstein y Sobre la certeza: Duda y Lenguaje*. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia Salamanca, 2006.

GOMEZ RIVERO, María Carmen; MONGE FERNANDEZ, Antonia. *Venta y manipulación ilegal de medicamentos*. En *Protección Penal y Tutela Jurisdiccional de la Salud Pública y del Medio Ambiente*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997.

GRECO, Luís. '*Princípio da Ofensividade*' e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito. En *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. *Comentario al artículo de Ramón Ragués*. Revista *Discusiones*, (XIII-2, 2013).

GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. En *Líber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º Aniversário*. Coimbra: Almedina, 2009.

GRECO, Luís. *Neue Wege der Vorsatzdogmatik – Eine Auseinandersetzung mit drei neuen Monographien zum Vorsatzbegriff*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 2009.

GROSSMANN, Hans. *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Hamburg: Gente, 1924.

GRÜNHUT, Max. *Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*. Hamburg: Gente, 1922.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-funcionalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *A Lógica das Ciências Sociais*. Trad. Mário Antonio Casabona. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*. Trad. Ramón Cotarelo García. Madrid: Editora Trotta, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Entre el Naturalismo y Religión*. Barcelona: Paidós, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo, 6ª ed. Madrid: Trota, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*. Cátedra: Madrid, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La Acción Comunicativa: crítica a la visión funcionalista*, vol. II. Madrid: Taurus, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Trad. de Pere Fabra y Luis Diez. Madrid: Trotta, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

HACKER, P. M. S. *El enfoque antropológico y etnológico de Wittgenstein*. En *Antropología de Wittgenstein: reflexionando con P. M. S. Hacker*. Madrid: Plaza y Valdés, 2011.

HACKER, P. M. S. *Human Nature: The Categorical Framework*. Sussex: Wiley-Blackwell, 2010.

HACKER, P. M. S. *Law, morality and society*. Oxford: Clarendon Pr., 1977.

HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part II, exegesis §§ 243-427. Oxford; Cambridge: Basil Blackwell, 1990.

HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: meaning and mind* (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays. Oxford; Cambridge: Basil Blackwell, 1993.

HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: mind and will* (vol. IV of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 4) Part I, essays. Oxford; Cambridge: Blackwell, 1990.

HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: mind and will* (vol. IV of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 4) Part II, exegesis §§ 428-693. Oxford; Cambridge: Blackwell, 2000.

HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: mind and will* (vol. IV of an analytical commentary on the Philosophical Investigations (Vol. 3) Part I, essays. Oxford; Cambridge: Blackwell, 2000.

HACKER, Peter; BENNETT, Maxwell. *Fragmentos de Philosophical Foundations of Neuroscience*. En *La Naturaleza de la conciencia: cerebro, mente y lenguaje*. Madrid: Paidós, 2008.

HACKER, Peter; BENNETT, Maxwell. *Los supuestos conceptuales de la neurociencia cognitiva: réplica a los críticos*. En *La Naturaleza de la conciencia: cerebro, mente y lenguaje*. Madrid: Paidós, 2008.

HACKER, Peter. *The Development of Wittgenstein's Philosophy of Psychology*. En *Mind, Method, and Morality: Essays in Honour of Anthony Kenny*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

HART, Herbert L. A. *Punishment and responsibility: Essays in Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Pr., 1968.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HASSEMER, Winfried. *Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal*. En *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 02, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, bases para una teoría de la imputación en Derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Themis, 1999.

HEGEL, Georg W. F. *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de Derecho Natural y Ciencia del Estado*. Trad. Eduardo Vásquez. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000.

HEMMEN, Heinrich. *Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus*. Breslau: Schletter, 1909.

HERZBERG, Rolf Dietrich. *A tentativa na autoria mediata*. En *Temas de Direito Penal: parte geral*. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, pp. 345-376.

HERZBERG, Rolf Dietrich. *Das Wollem beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom Bewußt fahrlässigen Verhalten*. *Juristenzeitung (JZ)*, 1988.

HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit: ein Problem des objektiven Tatbestandes*. *Juristische Schulung (JuS)*, 1986.

HERZBERG, Rolf Dietrich. *SIDA: Desafío y piedra de toque del Derecho penal*. Comentario a la sentencia del BGH de 4 de noviembre de 1988 (1 StR 262/88). En *Problemas Jurídico Penales del SIDA*. Barcelona: Bosch, 1993.

HINTIKKA, Merrill B.; HINTIKKA, Jaakko. *Uma investigação sobre Wittgenstein*. Trad. Enid Abreu Dobransky. Campinas: Papirus, 1994.

HIPPEL, Robert von. *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Leipzig: Hirzel, 1903.

HIRSCH, Andrew von. *Censure and sanctions*. Oxford: Clarendon Pr., 1995.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Barcelona: Editorial Herder, 1986.

HONNETH, Axel. *La Lucha por el Reconocimiento: Por una gramática moral de los conflictos sociales*. Trad. de Manuel Ballester. Barcelona: Crítica, 1997.

HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003.

HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

HRUSCHKA, Joachim. *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*. En Imputación y Derecho Penal: Estudios sobre la Teoría de la Imputación. Trad. Ramon Ragués i Vallès. Cizur Menor: Aranzadi, 2005, pp. 54-88.

HRUSCHKA, Joachim. *Sobre la difícil prueba del dolo*. En Imputación y Derecho Penal: Estudios sobre la Teoría de la Imputación. Trad. Ramon Ragués i Vallès. Cizur Menor: Aranzadi, 2005, pp. 145-156.

HRUSCHKA, Joachim. *Strukturen der Zurechnung*. Berlin: De Gruyter, 1976.

HUSSERL, Edmund. *Ideas Relativas a una Fenomenología Pura y una Filosofía Fenomenológica*. México/DF: Fondo de Cultura Económica, 1962.

HUSSERL, Edmund. *Investigaciones Lógicas 1*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

JAKOBS, Günther. *Dolus Malus*. En Festschrift für Rudolphi. Neuwied: Luchterhand, 2004.

JAKOBS, Günther. *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Berlin, 114 (2002).

JAKOBS, Günther. *La pena estatal*. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012.

JANIK, Allan; TOULMIN, Stephen. *La Viena de Wittgenstein*. Madrid: Taurus, 1998.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Granada: Ed. Comares, 2002.

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio preliminar*. En VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª. Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Trad. de J. Rovira Armengol. Buenos Aires: Losada, 2003.

KANT, Immanuel. *Crítica de la razón pura*. Buenos Aires: Cohue, 2007.

KAUFMANN, Armin. ¿"Atribución objetiva" en el dolo eventual? *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXXVIII, fasc. III, Septiembre a Diciembre de MCMLXXXV. Madrid: 1985.

KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la Estructura del Delito*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XIII, fasc. I, Enero a Marzo de MCMLX. Madrid: 1960.

KENNY, Anthony. *A New History of Western Philosophy: Ancient Philosophy*, vol. I. Oxford: Clarendon Press, 2006.

KENNY, Anthony. *A New History of Western Philosophy: Philosophy in The Modern World*, vol. IV. Oxford: Clarendon Press, 2007.

KENNY, Anthony. *A New History of Western Philosophy: The Rise of Modern Philosophy*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 2006.

KENNY, Anthony. *Historia concisa da Filosofia Ocidental*. Lisboa: Temas e Debates Atividades Editoriais, 1999.

KENNY, Anthony. *Intention and Mens Rea in Murder*. En *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

KINDHÄUSER, Urs. *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Berlin, 96 (1984).

KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.

KINDHÄUSER, Urs. *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*. En Indret: Revista para el Análisis del Derecho, n. 1, 2009

KINDHÄUSER, Urs. *Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo LIX. Madrid: 2006.

KINDHÄUSER, Urs. *Intentionale Handlung: Sprachphilosophie Untersuchungen zum Verhältnis von Handlung im Strafrecht*. Berlin: Dunker & Humblot, 1979.

KINDHÄUSER, Urs. *Pena y culpabilidad*. En el Estado Democrático de Derecho. Lima: Ara Editores, 2009.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch: Allgemeiner Teil, §§ 1 - 79b*. Baden-Baden: Nomos, 2013.

KISS, Alejandro. *Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?* En Indret: Revista para el Análisis del Derecho, n. 1, 2015.

KÖHLER, Michael. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Berlin; Heidelberg: Springer, 1997.

KREY, Volker. *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer, 2012.

KÜHL, Kristian. *Strafrecht*. München: Vahlen, 2012.

KÜPPER, Georg. *Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Berlin, 100 (1988).

LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

LAURENZO COPPELO, Patricia. *Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo*. En El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999.

LEITE, Alaor. *Dúvida e Erro: sobre a proibição no Direito Penal, atuação nos limites entre o permitido e o proibido*. São Paulo: Atlas, 2013.

- LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin: Guttentag, 1891.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. Duarte Pereira, José Hygino. Rio de Janeiro: Briguiet, 1889.
- LIZST, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Luis Jimenez de Asua. Tomo II, 3ª ed. Madrid: Reus, 1929.
- LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1895.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás. *Mensajes hegelianos: la "filosofía del Derecho" de G. W. F. Hegel*. Madrid: Iustel, 2012.
- LUCAS, Hermann. *Die Subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*. Berlin: v. Decker, 1883.
- LUCKHARDT, C. Grant. *Wittgenstein and behaviorism*. Synthese, 1983, Volume 56, Number 3.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, Parte General I*. Madrid: Ed. Universitas, 1996.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Dolo y dolo eventual: reflexiones*. En Homenaje a Dr. Marino Barbero Santos. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha; Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; Universidad de Salamanca, 2001.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. 3ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- MACHADO, Alexandre Noronha. *Lógica e forma de vida: Wittgenstein e a natureza da necessidade lógica e da filosofia*. São Leopoldo: Editora Unisinos/ANPOF, 2007.
- MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Acción, dolo eventual y doble efecto: un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- MARINUCCI, Giorgio. *Manuale di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2012.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal*. En Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, tomo I. Madrid: Edisofer, 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte General*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El concepto 'significativo' de dolo: un concepto volitivo normativo*. En Problemas Actuales del Derecho Penal y de La Criminología, estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial*. En Un Derecho Penal Comprometido: Libro Homenaje al Prof. Dr. Geraldo Landrove Díaz. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. Actualizada por Heinz Zipf; trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1994.

MAYER, Hellmuth. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Stuttgart; Köln: Kohlhammer, 1953.

McGINN, Collin. *Minds and Bodies: Philosophers and their ideas*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1997.

McGINN, Marie. *Sense and Certainty*. Oxford: Wiley-Blackwell, 1991.

McGINN, Marie. *The Routledge Guidebook to Wittgenstein's Philosophical Investigations*. New York: Taylor & Francis Group, 2013.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia. *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal, Parte General: libro de estudio*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

- MEZGER, Edmund. *Modernas Orientaciones de la Dogmática Jurídico-penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1957.
- MIR PUG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1982.
- MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho penal, en Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Universidad de Los Andes: Mérida, 2005.
- MIRANDA, Sérgio. *Introdução*. En WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2000.
- MOLAN, Mike; BLOY, Duncan; LANSER, Denis. *Modern criminal law*. London: Cavendish, 2003.
- MOMMSEN, Theodor. *Derecho Penal Romano*. Santa Fe de Bogotá: Ed. Temis, 1999.
- MOORE, Michael S. *Act and crime*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- MOORE, Michael S. *Placing blame*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- MORENO ALCAZÁR, Miguel Ángel. *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos: una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- MORESO, José Juan. *Ciencia Jurídica y Dualismo Metodológico*. Anuario de Filosofía del Derecho, n. 07, 1990.
- MOUFFE, Chantal. *Wittgenstein and the ethos of democracy*. En *The Legacy of Wittgenstein: Pragmatism or deconstruction*. NAGEL Ludwig; MOUFFE, Chantal (org.). Frankfurt am Main; Berlin; Bern; Bruxelles; New York; Oxford; Wien: Lang, 2001.
- MOYA, Carlos. *The Philosophy of Action: an introduction*. Oxford: Basil, 1990.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa*. En Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*. 18ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La Herencia de Franz von Liszt*. México/DF: Ubijus, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Prólogo*. En DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Los elementos subjetivos del delito, bases metodológicas, Buenos Aires/Montevideo, Editorial B. de F., 2007.

NARVÁEZ MORA, Maribel. *Wittgenstein y la teoría del derecho: una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLES CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal: parte general*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

PASQUINELLI, Alberto. *Introduzione a Carnap*. Bari: Editori Laterza, 1972.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Sobre la Influencia del Funcionalismo y la Teoría de Sistemas en las Actuales Concepciones de la Pena y del Delito*. En Teoría de sistemas y derecho penal, Gómez-Jara Díez, Carlos (org.). Granada: Ed. Comares, 2005.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. *El dolo eventual*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PÉREZ MANZ, Mercedes. *Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo*. Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat; Carlos García Valdés [et al.], (coordinadores). Madrid: Edisofer, 2008.

PLATÓN. *Menon*. Obras completas, tomo IV. Madrid: Patricio de Azcárate, 1871.

PORCIÚNCULA NETO, José Carlos Nobre. *La 'exteriorización de lo interno': Sobre la relación entre lo 'objetivo' y lo 'subjetivo' en el tipo penal*. Tesis Doctoral. Universidad de Barcelona, 2012.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

PUPPE, Ingeborg. *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 103 (1991).

PUPPE, Ingeborg. *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 15*. KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich Ulfrid (org.). Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 2010.

PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 2011.

PUPPE, Ingeborg. *Vorsatz und Zurechnung*. Heidelberg: Decker & Müller, 1992.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad*. En Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*. En *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, ADPE, 2 (2012).

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Un 'proceso interno' necesita 'criterios externos'*: Algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo. En *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

REALE, G; ANTISER, D. *História da Filosofia: de Nietzsche à Escola de Frankfurt*, vol. VI. São Paulo: Paulus, 2006.

REALE, G; ANTISER, D. *História da Filosofia: do humanismo a Descartes*, vol. III, 2a ed. São Paulo: Paulus, 2005.

REALE, G; ANTISER, D. *História da Filosofia: filosofia pagã antiga*, vol. I, 3ª ed. São Paulo: Paulus, 2003.

REIN, Wilhelm. *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*. Leipzig: Köhler, 1844.

RHEES, Rush. *Prefacio*. En WITTGENSTEIN, Ludwig. *Los Cuadernos Azul y Marrón*, Madrid, ed. Tecnos, 2003.

RHEES, Rush. *Wittgenstein's on Certainty*. There – Like Our Life. Oxford: Blackwell, 2003.

ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

RONCO, Mauro. *Le Radici Metagiuridiche del Dolo Eventuale*. En *Studi in onore di Mario Romano*, vol. 2. Napoli: Jovene, 2011.

RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

RORTY, Richard. *Consecuencias del pragmatismo*. Trad. José Miguel Esteban Cloquell. Madrid: Tecnos, 1996.

RORTY, Richard. *El pragmatismo, una versión: antiautoritarismo en epistemología y ética*. Barcelona: Ariel, 2000.

RORTY, Richard. *Filosofía y Futuro*. Trad. Javier Calvo y Angela Ackermann. Barcelona: Gedisa, 2008.

RORTY, Richard. *Objetividad, realismo y verdad: escritos filosóficos*. Trad. Jorge Vigil Rubio. Barcelona: Paidós, 1996.

ROXIN, Claus. *Acerca de la normativización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo*. En *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas Eds., 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

ROXIN, Claus. *El Principio de la protección del bien jurídico y su significado para la Teoría del Injusto*. Trad. Miguel Polaino Orts. En *Ambos, Kai. Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Temis, 2012.

ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley, 2007.

ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*. Trad. y introd. de Francisco Muñoz Conde. 2a. Ed. 1a Reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus. *Über den 'Dolus Eventualis'*. En *Studi in onore di Mario Romano*, vol. 2. Napoli: Jovene, 2011.

ROXIN, Claus. *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*. Juristische Schulung (JuS), München, (1964), 53.

ROXIN, Claus. *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*. En Rogall, Klaus (org.): Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag. Neuwied: Luchterhand, 2004.

RYLE, Gilbert. *El concepto de lo mental*. Introducción de Daniel C. Dennet. Barcelona: Paidós, 2005.

SAFFERLING, Christoph J. M. *Vorsatz und Schuld: Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

SCHMIDHÄUSER, Eberhardt. *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventuales" und bewußte Fahrlässigkeit)*. Juristische Schulung (JuS), 1980.

SCHMIDHÄUSER, Eberhardt. *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1968.

SCHÖNKIE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch*. München: Beck, 2001.

SCHRÖDER, Horst. *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*. En Festschrift für Wilhelm Sauer. Berlin: De Gruyter, 1949.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar Jescheck*. Hans-Heinrich: Einleitung; §§ 1 bis 31. vol. 1. Berlin: De Gruyter, 2003.

SCHULTE, Joachim. *Within a System*. En Reading of Wittgenstein's on Certainty. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Aporías de la Teoría de la Pena en la Filosofía: pensamientos sobre Immanuel Kant*. En Obras, Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Akzeptanz von Normen und Sanktionen aus der Perspektive der Tatproportionalität*. En Tatproportionalität: normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.

SCHÜNNEMANN, Bernd. *Introducción al Razonamiento Sistemático del Derecho Penal*. En *El Sistema Moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991.

SCHÜNNEMANN, Bernd. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico penal*. En *Obras*, Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

SCHÜNNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte*, Juristische Arbeitsblätter (JA), 1975, StR.

SCHÜNNEMANN, Bernd. *Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva*. En Silva Sánchez, Jesús María (org.): *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1997.

SCHÜNNEMANN, Bernd. *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*. Tecnos: Madrid, 2002.

SEARLE, John. *Mente, Linguagem e Sociedade - Filosofia no mundo real*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

SEARLE, John. *Situar de nuevo a la conciencia en el cerebro*. En *La Naturaleza de la conciencia: cerebro, mente y lenguaje*. Madrid: Paidós, 2008.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*. En *Política criminal y nuevo Derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997.

SIMESTER, A.P; SPENCER, J.R.; SULLIVAN, G.R.; VIRGO, G.J. *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*. 4ª ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2010.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal, parte general, I. El hecho punible*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*. Berlin: de Gruyter Recht, 2007.

STUNTZ, William J.; HOFFMANN, Joseph L. *Defining crimes*. New York: Wolters Kluwer, 2011.

TENCA, Adrián Marcelo. *Dolo eventual*. Buenos Aires: Astrea, 1951.

TERRAGNAI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente: adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010 .

TEUBNER, Gunther. *Elementos Materiales y Reflexivos en el Derecho Moderno*. En *La Fuerza del Derecho*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

TRÖNDLE, Herbert; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München: Beck, 2003.

TYLER, Tom R. *Why people cooperate*. Princeton: Princeton Univ. Press, 2011.

ULZURRUN LLUCH, Marina Sanz-Diéz de. *Dolo e imprudencia: en el Código Penal español: análisis legal y jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

VALDÉS VILLANUEVA, Luis Manuel. *Estudio preliminar*. En WITTGENSTEIN, Ludwig. *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1996.

VATTIMO, Gianni. *Presentación*. En RORTY, Richard. *Una ética para los laicos*. Buenos Aires: Katz, 2009.

VEGA ENCABO, Jesús; GIL MARTÍN, Francisco Javier. *Introducción: Pragmatismo, Objetividad Normativa y Pluralismo. El debate sobre normas y valores entre H. Putnam y J. Habermas*. En PUTNAM, Hilary; HABERMAS, Jürgen. *Normas y Valores*. Madrid: Trotta, 2008.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARGNAU, María Luisa. *El debate acerca de la legalización del aborto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Estudio preliminar*. En RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª. Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Ley, Lenguaje y Libertad*. Sobre determinismo, libertades constitucionales y Derecho penal. En *Teoría y Derecho*, Revista de Pensamiento Jurídico n. 11. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*. En *Neurociencias y Derecho Penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer, 2013.

VOGEL, Joachim. *Dolo y error*. Cuadernos de Política Criminal, segunda época, n. 95. 2008.

VOGEL, Joachim. *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar: Einleitung; §§ 242 bis 262*. vol. 1. Berlin: De Gruyter, 2010.

VOLK, Klaus. *Dolus ex re*. Strafgerechtigkeit. (org.) HAFT, Fritjof. Heidelberg: Müller, Juristischer Verlag, 1993.

Von BAR, Carl Ludwig. *A History of the Criminal Law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999.

Von HIPPEL, Robert. *Vorsatz und Fahrlässigkeit: eine dogmatische Studie*. Leipzig: Verlag von S. Hirzel, 1903.

Von WRIGHT, Georg Henrik. *Explanations and Understanding*. London: Cornell University Press, 1971.

VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Zweite Auf. Berlin; Heidelberg: Springer-Verlag, 2011.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004.

WELZEL, Hans. *Teoría de la Acción Finalista*. Buenos Aires: Astrea, 1951.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 32 ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2002.

WILLIAMS, Glanville. *Criminal Law: The General Part*. 2a ed. London: Stevens & Sons Ltd, 1961.

WILSON, William. *Criminal law*. Harlow: Longman, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *A Lecture on Ethics*: in *The Philosophical Review*, vol. 74, n. 1. (jan. 1965).

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Fenomenología*: secciones 94-100 del Big Typescript. Oviedo: KRK ediciones, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Filosofía*: secciones 86-93 del Big Typescript. Oviedo: KRK ediciones, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. 3ª ed. Barcelona: Crítica, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Los Cuadernos Azul y Marrón*. Madrid: ed. Tecnos, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Sobre la certeza*. Barcelona: Gedisa, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logicus-Philosophicus*. Madrid: Alianza Editorial, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, vol. II. Madrid: ed. Tecnos, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Zettel*. México/DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

WOLFF, Karl. *Verbotenes Verhalten*. Wien; Leipzig: Freytag, 1923.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. Vol. I. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZIELINSKI, Diethart. *Dolo e imprudencia*: comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.